

FELIPE GUILHERME LACOWICZ KRAUTLER

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DECISÃO DEMOCRÁTICA:
Fenômenos que influenciam a deliberação pública

CURITIBA
2006

FELIPE GUILHERME LACOWICZ KRAUTLER

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DECISÃO DEMOCRÁTICA:
Fenômenos que influenciam a deliberação pública

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri

CURITIBA
2006

Sem ter o escopo de enumerar todas as pessoas que contribuíram para a consecução do presente trabalho, dedico esta monografia:

A Deus.

Aos meus pais, pelo incentivo e apoio sempre prestado.

Aos meus amigos, principalmente aos turcos e aos amigos da faculdade (``os galo veio``) pelo apoio étílico concedido.

A minha orientadora, Professora Vera, pelo seu empenho e dedicação.

... government of the people, by the
people, for the people shall not
perish from the earth."

Abraham Lincoln

"The only thing necessary for the
triumph of evil is for good men to
do anything"

Edmund Burke

SUMÁRIO

RESUMO	vi
1. INTRODUÇÃO	1
2. O SURGIMENTO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	3
3. OS DIREITOS LEVADOS A SÉRIO: UMA PERSPECTIVA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO A PARTIR DE DWORKIN.....	6
4. LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	10
4.1. O DISCURSO POLÍTICO PROVOCATIVO: RISCO DE VIOLÊNCIA OU DISTÚRBIOS SOCIAIS.....	10
4.2. O DISCURSO CONTRA O GOVERNO E O “HATE SPEECH”	14
5. A DECISÃO DEMOCRÁTICA	17
6. FENÔMENOS QUE INFLUENCIAM A TOMADA DE DECISÕES EM UMA DEMOCRACIA: “CASCATAS SOCIAIS”, “POLARIZAÇÃO DE GRUPO” E “CONFORMISMO”.	21
6.1. CONFORMISMO	21
6.2. “CASCATAS SOCIAIS”	25
6.2.1. AS CASCATAS DE INFORMAÇÃO	26
6.2.2. AS CASCATAS DE REPUTAÇÃO	27
6.3. A POLARIZAÇÃO DE GRUPO.....	28
7. A PROMOÇÃO DO DISSENSO NO DIREITO AMERICANO	30
7.1. OS MECANISMOS CONSTITUCIONAIS.....	30
7.2. A IMPORTÂNCIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	33
7.3. A GARANTIA DA PLURALIDADE DE PONTOS DE VISTA.....	35
8. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	37
9. JURISPRUDÊNCIA PRÉ E PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	46
10. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
11. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS.....	54

1. INTRODUÇÃO

O mundo assistiu, nas últimas décadas, a uma série de mudanças, verdadeiras revoluções, que alteraram para sempre o modo como se vive no planeta. Poderíamos falar da ascensão e queda do socialismo, da revolução sexual, das duas grandes guerras, do Estado social, ou mais recentemente, da questão ambiental ou mesmo do terrorismo. O que nos chama a atenção, porém, é algo mais sutil, mas que tem relevante papel nas engrenagens da sociedade atual: a comunicação.

Com o desenvolvimento dos meios de comunicação, de todas as formas de mídia, da informática, e a forma como se espalharam pelo globo, a velocidade da informação e da comunicação chegou aos patamares da ficção científica, se já não os ultrapassou, e tem, hoje, caráter de instantaneidade. Por isso, o direito de expressar livremente as idéias, de todas as formas - mas principalmente pela fala e pela escrita - e a discussão em torno dele, tomou grande relevo no último século, e continua um desafio ao século XXI.

Como mais pessoas passaram a ter acesso à informação, às idéias, aos debates políticos; mais idéias surgem e mais demanda por comunicá-las é sentida, e mais problemas surgem. O caminho da liberdade de expressão é acidentado, marcado por paixões, raiva, preconceitos, arbítrio e intolerância, mas a luz aponta para a equidade, a justiça e a paz que podem dela advir.

Pretendemos aqui trabalhar o direito à liberdade de expressão e sua importância nas deliberações públicas de uma democracia. Trataremos em seguida do modelo da democracia deliberativa, e dos fenômenos que podem influenciar as decisões coletivas: o conformismo, as “cascatas sociais” e a polarização de grupo. Apontaremos soluções para enfrentá-los, dos quais a liberdade de expressão é peça chave. Fecharemos, então, com uma análise de casos nacionais que envolvem esse direito.

Para essa análise, elegemos dois marcos teóricos advindos do direito americano: Ronald Dworkin, professor das universidades de Oxford e Nova York, que

tem vasta obra sobre os direitos fundamentais e é um dos mais importantes pensadores da *common law* na atualidade, e Cass R. Sunstein, que tem uma obra muito interessante acerca dos fenômenos que influenciam uma decisão pública e da importância do dissenso na sociedade.

São autores considerados liberais, e daí advém a maioria das críticas a eles formuladas. Cremos, porém, que têm um pensamento liberal com um viés fortemente igualitário, defendendo não a liberdade *de per se*, mas como meio de se alcançar a igualdade política, dar ao membros menos favorecidos igual consideração e respeito. É a partir desse pressuposto e com esse fim que defendem as liberdades, e notadamente a liberdade de expressão.

Dworkin defende, por exemplo, o direito como integridade (“Law as integrity”) que tem como uma de suas dimensões a equidade, consistindo na “busca permanente de procedimentos políticos de distribuição do poder. Isso resulta numa re-dimensão da esfera pública e da esfera privada (...) como por exemplo, o reconhecimento das minorias não como agentes distintos da comunidade, mas como a comunidade ela mesma.”¹ A livre iniciativa fica limitada, nesta perspectiva, pelos valores comunitários, sendo que “não obstante a existência do mercado como determinante do modelo político (liberal) acordado, pauta-se ele – o mercado – antes pela igualdade e depois pela liberdade. Isto afasta Dworkin dos liberais clássicos, especialmente Locke, e dos liberais radicais como Hayek e Nozicki.”²

Outra ponderação que poderia ser feita em relação aos autores escolhidos é serem ambos advindos do *common law*, uma vez que nosso sistema é baseado no direito Romano-Germânico. Duas considerações merecem destaque: a primeira, de caráter mais geral, é de que hoje não há mais sistemas jurídicos puros, resultante da troca de experiências entre os dois grandes sistemas acima citados. Basta olhar a

¹ KARAM DE CHUEIRI, Vera. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. **Paradoxos da auto observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Leonel Severo Rocha (org.) Curitiba: JM Editora, 1997. p. 194

² KARAM DE CHUEIRI, Vera. Idem, Ibidem.

importância que assume a jurisprudência na interpretação do direito romano-germânico, ou no lado contrário, o maior número de leis editadas nos países de direito anglo-saxão, sistema que sempre foi baseado no precedente. Ou seja, hoje, um único sistema não contém todas as respostas para os problemas da sociedade, devendo, para melhor pensarmos o direito, ter uma visão ampla dele;

A segunda, especificamente relacionada à liberdade de expressão, é a importância e a grande discussão que essa matéria tem nos Estados Unidos. Podemos afirmar que a vanguarda do pensamento em relação ao conceito, limites e problemas relacionados à liberdade de expressão está no pensamento americano. Como são dois sistemas democráticos de conformações parecidas, o que eles discutiram, ou discutem, acerca desse direito, pode auxiliar na resolução dos nossos problemas: os argumentos, as idéias, os fundamentos e a própria experiência podem ser aproveitados, com algumas ressalvas, é claro. Além do mais, a globalização – econômica e de certa maneira cultural – acaba por deixar as questões mais próximas ainda, apesar dos sistemas de direito diferentes.

Assim, enfrentaremos as questões que nos propusemos acerca da liberdade de expressão e da democracia deliberativa a partir desses autores, fazendo, ao final, uma análise em relação ao direito e à jurisprudência pátria.

2. O SURGIMENTO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de exprimir as idéias é uma das mais caras ao homem. O falar, o escrever, o ensinar, que proporcionam a troca de idéias, de experiências, o nascimento das culturas é o que caracteriza toda a história do ser humano. O desenvolvimento de uma comunicação bastante complexa diferencia o homem dos demais animais. Logo, a transmissão do pensamento, das idéias, é uma vontade inata do ser humano, e foi através dela que se construiu o que hoje é a própria raça humana.

A construção de todas as civilizações passa por algum tipo de comunicação entre seus membros, principalmente em relação à cultura e aos costumes

do povo. Não escapa também a direta relação entre o poder e certa quantidade de informação “restrita” aos líderes das comunidades – normalmente de caráter religioso. Portanto, não havia que se falar em liberdade de expressão, uma vez que o líder detinha o conhecimento, e sua palavra era a vontade das divindades.

É na Grécia e em Roma que primeiro se formam sociedades civis com maior força nos rumos do Estado, surgindo então maior participação do “povo” na política, que era praticada na Ágora e no Forum. Assim surge o direito de fala e voto a todos os cidadãos nas Assembléias, caracterizando o incipiente modelo de deliberação pública das democracias ocidentais contemporâneas. O conceito de cidadão, porém, era extremamente restrito, o que deixava ao largo da vida pública a maioria da população – escravos, mulheres e pobres.

Somente com a revolução francesa no século XVIII é que se pretende a universalização do direito à liberdade de expressão. O art. II da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 prescreve: “A livre comunicação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar, escrever, exprimir-se livremente, sujeito a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei.”

Nos Estados Unidos, já em 1791, é aprovada a primeira emenda à Constituição, garantindo que não poderá ser aprovada nenhuma lei que restrinja a liberdade de expressão. *In verbis* “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”³

Portanto, é a partir das revoluções burguesas – e posteriormente, de maneira um pouco diferente, com as revoluções socialistas – que passa a se garantir,

³ **Constitution of the United States of America.** Amendment I - Freedom of Religion, Press, Expression. Ratified 12/15/1791. <<http://www.usconstitution.net/const.html#Am1>> Disponível em 25/08/2006.

pelo menos formalmente, a todos, sem qualquer distinção, o direito de expressar livremente suas idéias. A partir dessa base é que esse direito passou a ser constitucionalizado internamente nos países. Ao que se deve atentar, contudo, é que essa “positivação” não lhe transforma numa benesse do Estado, concedida por mera liberalidade e de caráter revogável. A livre expressão, assim como os demais direitos fundamentais, são conquistas históricas do povo não surgem a partir da positivação e não deixariam de existir sem ela. A inserção desses direitos no ordenamento, ao contrário do que pensam alguns, é algo desejável, uma vez que torna mais fácil sua aplicação prática, na luta incessante e diária pelos direitos fundamentais. O que, de maneira alguma, os engessa nos códigos ou vem a desvirtuar o seu caráter de “trunfo político” do povo na história da sociedade.

Com o passar das décadas, porém, a simples abstenção do Estado em não restringir a liberdade de expressão não é mais suficiente – fenômeno que ocorreu com uma série de direitos. Para que possam bem exercitar a liberdade de expressão do seu pensamento, conquista histórica dos povos, os indivíduos se amparam no direito, que lhes deve assegurar essa prerrogativa e, mais ainda, regular os meios para que se viabilize essa transmissão. Portanto, ao Estado, no contexto atual, já não basta abster-se de interferir na liberdade dos indivíduos, mas deve sim proporcionar os meios necessários para um efetivo debate, do qual todos possam participar e influenciar na decisão a ser tomada. Deixa de ser, portanto, um direito meramente negativo, passando a ter também um caráter de ação positiva do Estado para garanti-lo.

O alcance dessa atuação estatal, porém, é a grande controvérsia que reside na aplicação concreta do direito à liberdade de expressão. Muitas vezes, pode o Estado pensar estar atuando para o bem da sociedade e do debate público, quando, na verdade, está restringindo a liberdade de parcela de seus cidadãos numa esfera abrangida pela proteção constitucional. Como é uma matéria que sempre gera muita polêmica, paixões e ódio, dentro de um regime democrático, a liberdade de expressão

deve ser tratada com muito cuidado, pois o limite entre a atuação necessária e a ingerência arbitrária do Estado é muito tênue.

3. OS DIREITOS LEVADOS A SÉRIO: UMA PERSPECTIVA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO A PARTIR DE DWORKIN

Essa é a idéia que dá nome a uma das obras do respeitado autor americano Ronald Dworkin, que defende, basicamente, a idéia de que o governo deve respeitar os direitos morais e políticos de seus cidadãos, de uma maneira dura e efetiva. Em caso de desrespeito e invasão das mais íntimas crenças do indivíduo, aduz que haveria até mesmo um “direito” à desobediência civil.

Para Dworkin, os direitos fundamentais inscritos na constituição devem ser tomados em sentido forte⁴, logo, se os cidadãos têm direito à liberdade de expressão isso deve implicar “que estaría mal que el Gobierno les impidiese de usar de ella, aun cuando el Gobierno crea que lo que han de decir causará más mal que bien.”⁵ Ou seja, não só os cidadãos não fazem mal em dizer o que pensam, como o governo não pode impedir que o façam.

O ponto chave está em afirmar que o Governo não pode derogar direitos afirmando simplesmente que isso causaria, em termos gerais, um bem à sociedade. Isso acabaria por invalidar os direitos fundamentais sempre que eles entrassem em confronto com alguma vontade coletiva, invertendo toda a construção desses direitos, uma vez que foram criados justamente para defender o indivíduo – a esfera individual de direitos – quando em confronto com o Estado e, por conseqüência, com a própria sociedade.

⁴ O autor fala em um sentido forte da palavra direito, uma vez que essa palavra apresenta hoje vários significados e dimensões na sociedade. “Uso este sentido fuerte de la palabra derecho cuando digo que alguien tiene el derecho de gastarse su dinero jugando, si quiere, aunque debería gastarlo de manera más digna y sensata. Lo que quiero decir es que estaría mal que alguien impidiera actuar a esa persona, aun cuando ella se proponga gastar su dinero de una manera que a mí me parece mal.” DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 2002. p. 282.

⁵ DWORKIN, R. **Los derechos en serio**. p. 284

Dworkin chega a dizer que, em algumas situações, uma pessoa tem direito a desobedecer a uma lei: “Tiene esse derecho toda vez que la ley invade injustamente sus derechos en contra del Gobierno. Si tiene derecho moral a la libertad de expresión, eso significa que tiene derecho moral a infringir cualquier ley que el Gobierno”⁶ edite que vá de encontro à proteção desse direito.

Não se deve esquecer, porém, que há um dever geral de obediência à lei, sem o qual a sociedade não conseguiria se manter, uma vez que, se cada indivíduo resolvesse fazer o que acha melhor, não seria possível manter uma mínima convivência. Por isso, em geral, deve-se obedecer à lei, e em caso de desobediência, há que se aplicar a sanção estatal. Se o indivíduo comete um roubo, esse ato é classificado como crime, sendo prevista uma punição pelo Estado, ela deve ser aplicada; não importando que, eventualmente, em sua consciência, esse ato esteja correto, pois não há aqui nenhum direito moral⁷ em jogo.⁸

Há também casos em que a tese reconhece o “direito” às pessoas de desobedecer à lei, mas se insiste que a sanção ao infrator deve ser aplicada, pois o que estaria em jogo é a ordem social. Mesmo que o cidadão tenha fortes motivos para tal desobediência – como a objeção de consciência, por exemplo – a punição deveria ser mantida em atenção à ordem social. Essa idéia é amplamente aceita na sociedade: o indivíduo pode se negar a ir à guerra ou a servir às forças armadas, por razões de religião ou consciência, porém, deverá sofrer as sanções da negativa de um dever a todos imposto. Apesar do exemplo ser muito mais recorrente na sociedade americana, mais belicosa, de tempos em tempos essa discussão também aparece no Brasil.⁹

⁶ DWORKIN, R. Idem. p. 286

⁷ Direito moral em Dworkin pode ser entendido no sentido de “um trunfo político”, um direito garantido em face da opressão estatal, e conquistado através de lutas históricas.

⁸ Não se deve olvidar, contudo, que há casos em que crimes não são punidos levando-se em conta um direito individual do cidadão mais forte que o próprio ato cometido. Veja-se, por exemplo, o furto famélico, que é quando o indivíduo furta alimentos para sua subsistência ou de sua família.

⁹ Há propostas de criação, por exemplo, do serviço civil obrigatório, para aqueles que não queiram prestar o serviço militar. Porém, com a falta de recursos das forças armadas nos últimos anos - o que levou à redução do número de praças - associada à alta taxa de desemprego entre os jovens - o que aumentou o número de voluntários a soldado - hoje praticamente só presta serviço militar quem

O que o professor americano propõe, com o que concordamos, é que, em certos casos, há um direito – em sentido forte – de desobedecer à lei, sem que, no entanto, o Estado possa ter qualquer pretensão legítima de sancionar o indivíduo. O mero utilitarismo social – entendendo-se aqui no confronto entre direitos individuais e o políticas públicas do governo - não pode justificar que se impeça os cidadãos de exercerem seus direitos. Não faria sentido “jactarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que ello lleve implícito cierto sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser que renunciemos a cualesquiera beneficios marginales que [se] pudiera obtner (...) al dejar de lado estos derechos toda vez que resulten inconvenientes.”¹⁰ Portanto, não se pode restringir os direitos individuais quando em confronto com o bem comum, social ou do Estado¹¹, uma vez certa inconveniência, certa perturbação, para a sociedade, é necessária para a garantia dos direitos, e essa defesa é a função de sua existência.

Porém, os direitos individuais não têm caráter absoluto. Há certos casos em que haverá direitos concorrentes numa mesma situação, e o Estado estará obrigado a escolher um deles como o mais importante. Um dos casos mais clássicos, e com pertinência a esse trabalho, é o da liberdade de expressão (e de imprensa) em contraposição ao direito à intimidade, honra e vida privada. Frequentemente há concorrência entre esses direitos, ambos fundamentais e constitucionais. O que vale ressaltar é que não se pode afirmar, de plano e abstratamente, a prevalência um sobre o outro. Ambos são importantes, e se restritos podem causar forte gravame ao indivíduo. A decisão, então, se dará em cada caso concreto, com suas peculiaridades. Haverá casos em que se optará pela liberdade de expressão, outros pela proteção da honra e da

realmente deseja; o que deixa a discussão sobre a objeção de consciência com poucos efeitos práticos, mas não diminui sua importância no plano teórico.

¹⁰ DWORKIN, R. **Los derechos en serio**. p. 288.

¹¹ O debate, ou melhor seria dizer embate, de Dworkin se dá com o utilitarismo, e posteriormente com o pragmatismo social da Escola de Chicago, podemos dizer então que os direitos individuais não podem ser derogados quando confrontados com políticas públicas, ou em face do bem comum, pelo menos na dimensão neoliberal que a expressão é tomada nos dias de hoje: uma visão economicista de “soma de bens individuais”, doses limitadas de felicidade ou “bem social”

vida privada, e em nenhuma das situações qualquer direito sairá diminuído, pois a decisão se vincula apenas àquela colisão. Em outro caso a decisão pode ser contrária, e mesmo assim serão mantidos o peso e a importância dos direitos no ordenamento.

Quando o confronto se dá, contudo, entre um direito individual e uma política pública – como a liberdade de expressão e um direito à maioria de impor sua vontade, com um benefício social – a questão se torna mais delicada. Dworkin diz que “es verdad que hablamos del <derecho> de la sociedad de hacer lo que quiere, pero éste no puede ser un <derecho concurrente> del tipo que puede justificar la invasión de un derecho en contra del Gobierno.”¹² E continua afirmando que “un derecho en contra del Gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese <algo> se haga.”¹³

Para, então, salvaguardar os direitos individuais, só se deve reconhecer o caráter de concorrência a direitos de um indivíduo em relação aos direito(s) de outro(s) indivíduo(s) – podendo-se englobar aqui tanto os direitos individuais em si, como os demais direitos fundamentais, de caráter coletivo ou difuso. Nunca pode se dar, entretanto, em relação a políticas públicas, sob pena de retirar-lhes toda a efetividade.¹⁴

O direito das minorias também depende desse reconhecimento, pois, se valesse apenas a vontade da maioria, as minorias ficariam extremamente vulneráveis. Por isso, apesar da democracia ser baseada no princípio de que a maioria governa, não se pode olvidar os direitos das minorias que compõem o corpo social - que atualmente têm, muitas vezes, mais direitos que a média do corpo social - como no sistema de cotas para o ensino superior, por exemplo - justamente para se buscar o seu equilíbrio com o restante da sociedade.

¹² DWORKIN, R. **Los derechos en serio**. p. 289

¹³ DWORKIN, R. *Idem*, *ibidem*.

4. LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Nenhum direito é absoluto em nenhum ordenamento jurídico democrático, por isso, delimitar a extensão de cada um deles é problema recorrente. E como os direitos estão sempre colidindo nos casos concretos, o Estado normalmente é chamado para dirimir o conflito, e declarar a abrangência de cada um deles.

Até que ponto vai nossa liberdade de expressão? Essa parece ser a pergunta chave para dimensionar esse direito nas diversas partes do mundo. Pois simplesmente tê-la positivada no ordenamento não quer dizer muita coisa (a emenda nº.01/1969 previa a liberdade de expressão no Brasil, ao passo que foram os mais duros anos da censura¹⁵). Sendo que para seu efetivo exercício ela deve ser defendida pelos Tribunais, criando-se na sociedade uma cultura de respeito à liberdade de expressão. Ainda mais porque, especialmente em relação a esse direito, como já afirmamos, a linha entre o mero discurso e a real liberdade é muito tênue, como demonstraremos a seguir.

As liberdades civis são temas de intenso estudo e construção Jurisprudencial nos Estados Unidos, e a discussão sobre o alcance de certas políticas governamentais muito acalorada (veja-se a discussão atual sobre as políticas implementadas pelo governo Bush pós-11 de setembro.¹⁶) Por isso partimos do direito americano para tentar responder: Quais os tipos de discurso que são abrangidos pela direito à liberdade de expressão? E quais não são?

4.1. O DISCURSO POLÍTICO PROVOCATIVO: RISCO DE VIOLÊNCIA OU DISTÚRBIOS SOCIAIS

Partimos das idéias do Professor Ronald Dworkin, um dos mais importantes teóricos constitucionais americanos das últimas décadas. Para tecer sua

¹⁵ Vide capítulo *infra* acerca da liberdade de expressão nas constituições brasileiras.

¹⁶ As medidas mais controvertidas são o Patriot Act e As normas de segurança nacional, que permitem uma série de violações aos direitos civis sob o pretexto de combate ao terrorismo.

considerações, Dworkin parte de um caso concreto que ocorreu em Chicago. Conhecido como “Processo dos Sete”, acusavam os réus de conspirar para cruzar as fronteiras estatais, tendo a intenção de causar distúrbios. Havia uma lei “anti-distúrbios” que definia como criminoso todo discurso emotivo que justificasse o uso da violência como meio para se conseguir igualdade política.¹⁷

O professor se pergunta se o direito à liberdade de expressão abarca esse tipo de discurso? E diz que o problema é tanto jurídico – relacionado à primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos – como moral – pois trata da extensão de um direito moral garantido em face do Estado. Primeiramente, o operador do direito deve ter clara a idéia de que qualquer decisão que vier a tomar pode estar equivocada e, partindo disso, procurar aonde possam estar os perigos do erro.

Um primeiro modelo de interpretação sugeriria que se deve balancear os direitos do indivíduo e as exigências da sociedade como um todo, buscando uma “linha de equilíbrio”¹⁸. Nessa acepção, restringir um direito acaba por causar um dano ao indivíduo, ao passo que ampliá-lo causa dano à sociedade, não se podendo inclinar a balança para nenhum dos lados – esse raciocínio faria pensar que não se deve conceder a mesma liberdade a uma discussão política tranquila em relação a uma manifestação ruidosa, uma vez que esta causaria maior dano a sociedade como um todo.¹⁹

Apesar de poder ser relativamente aceita por leigos e pela maior parte dos juristas, esse modelo é falso, principalmente quando está em discussão “derechos considerados geralmente como importantes”. Duas idéias são cruciais para bem explicitar esse assunto: o conceito de dignidade da pessoa humana, advindo de Kant, que expressa que há maneiras de se tratar um indivíduo incongruentes com o seu reconhecimento de cidadão, membro da sociedade. E a segunda idéia é a da igualdade política, que exige que os membros menos favorecidos de uma sociedade têm direito à

¹⁷ DWORKIN, R. **Los derechos en serio**. p. 293

¹⁸ RAWLS E EQUILÍBRIO REFLEXIVO EM KANT

¹⁹ DWORKIN, R. **Los derechos en serio**. p. 294

mesma consideração e respeito por parte do Estado que os mais poderosos.²⁰ Diz Dworkin que qualquer um que sustente que os cidadãos têm direitos, deve aceitar idéias muito próximas a estas. De modo que “la invasión de un derecho relativamente importante debe ser un asunto muy grave, que significa tratar a un hombre como menos que un hombre, o como menos digno de consideración que los otros hombres.”²¹

O segundo modelo defende, então, que recortar um direito é muito mais grave que estendê-lo, e toda a aplicação deve partir desse juízo. Uma vez reconhecido e concedido determinado direito, só se pode recorta-lo com uma razão convincente (como nos casos de direitos concorrentes), e a simples assertiva de que o “preço” social de sua extensão seria muito alto, não é motivo para suprimi-lo: não são permitidas razões meramente utilitaristas.

Voltando ao caso dos processados em Chicago, se aplicarmos o primeiro modelo, é relativamente fácil concluir pela constitucionalidade da lei “anti-distúrbios”, pois estar-se-ia buscando um equilíbrio entre os direitos da sociedade e do indivíduo. Mas ao buscar “razones apropiadas para limitar un derecho”²², entonces el argumento se debilita bastante. El derecho original a la libertad de expresión debe suponer que es una afrenta a la personalidad humana impedir a un hombre que exprese lo que sinceramente cree”.²³

E muitas vezes, a forma de se expressar é tão, ou mesmo mais importante que seu conteúdo. A sustentação apaixonada de um direito é necessária e reflete a

²⁰ Como já dito, hoje se entende que muitas vezes esses membros menos favorecidos, como as minorias por exemplo, tem direito a mais consideração pelo governo que a média da sociedade – as discriminações positivas.

²¹ DWORKIN, R. **Los derechos en serio**. p. 295

²² Dworkin entende que são três, e a penas três, as razões apropriadas para se limitar um direito: primeiro – os valores que estão em jogo no caso marginal não são os mesmos que basearam a concessão original do direito; segundo – que caso se defina o direito à maneira como exposta no caso marginal, este entraria em concorrência com outro direito; e terceiro – que caso definido o direito nos moldes do caso marginal o custo social não simplesmente aumentaria, mas teria um aumento de uma magnitude muito superior ao do direito original, sendo esse custo não vislumbrado no caso original. Note-se que essas razões são mais condizentes com o sistema da common law.

²³ DWORKIN, **Los derechos en serio**. p. 298

indignação do orador com dada situação, que pode ter muito mais efeito que um discurso frio e calmo. Transcrevemos uma passagem muito arguta do constitucionalista americano:

“Um hombre no puede expresarse libremente cuando no puede equiparar su retórica com su agravio, (...) Es verdad que algunos opositores políticos hablan de maneras que escandalizan a la mayoría, pero es una arrogancia que la mayoría suponga que los métodos de expresión ortodoxos son las maneras adecuadas de hablar, porque tal suposición constituye una negativa de la igualdad de consideración y respeto. Si el sentido del derecho es proteger la dignidad de los opositores, entonces los juicios referentes a cuál es el discurso apropiado se han de formular teniendo presente la personalidad de los opositores, no la personalidad de la mayoría <silenciosa>, para cual la ley antidisturbios no representa restricción alguna.”²⁴

Podemos afirmar que o único direito concorrente com essa liberdade de falar, seria a de ver-se livre da violência, pois a integridade física e patrimonial dos outros cidadãos poderia justificar a restrição à liberdade de expressão. Aos processados em Chicago não se imputava nenhum ato direto de violência, mas apenas uma acusação de que seu discurso poderia incitar a violência. O problema dessa acusação é a incerteza e obscuridade da relação causal entre o discurso dos acusados e os atos de violência. O Estado apenas supunha que isso poderia acontecer, sem nenhum suporte fático-material para tal.

Não pode o Estado, portanto, restringir concretamente o direito à liberdade de expressão, com base em uma mera especulação de que atos de violência poderiam vir a ser cometidos, até mesmo porque haveria outras maneiras de coibir essa violência (mais policiais, por exemplo). Para que haja a restrição à liberdade de expressão a relação causal entre o discurso e a violência/vandalismo, portanto, deve ser muito clara, com um risco claro e substancial de causar grande dano para saúde e propriedade de outrem²⁵, “e” que não haja outra forma de impedi-los.²⁶ “Si un hombre

²⁴ DWORKIN, *Los derechos en serio*. p. 298

²⁵ Vide *infra* a construção da doutrina do “clear and present danger”.

²⁶ DWORKIN, *Los derechos en serio*. p. 300-301

tiene derecho a hablar, si las razones que fundamentan ese derecho abarcan también el discurso político provocativo, y si los efectos de tal discurso sobre la violencia no están claros, entonces el Gobierno no está autorizado para empezar el abordaje de esse problema negando esse derecho.”²⁷

4.2. O DISCURSO CONTRA O GOVERNO E O “HATE SPEECH”

A Suprema Corte americana tem uma interessante construção sobre o direito à liberdade de expressão e o seu alcance. Apesar de algum vacilo do início do século XX, a Corte adotou, na segunda metade do século passado, uma posição extremamente defensiva dessa liberdade.

O caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), é um dos primeiros em que a Suprema Corte analisa o direito à liberdade de expressão previsto pela primeira emenda. A questão envolvia o direito, ou não, de um cidadão de falar contra o recrutamento militar durante a Primeira Guerra Mundial. Charles Schenck, um militante socialista, distribuiu panfletos, entre os recém-convocados, que professavam idéias contrárias ao recrutamento, incitando os soldados a resistirem de forma pacífica, e repelirem a mencionada lei. Foi acusado de conspiração para violar o “Conspiracy Act of 1917”, por tentar causar insubordinação entre os militares e obstruir o recrutamento. Para se decidir o caso acabou-se por criar a doutrina do “clear and present danger” que condiciona a constitucionalidade dos atos invocados a um perigo claro e iminente para algum outro direito, que pode ser a segurança nacional, como no caso, a paz social, não violência, entre outros. O réu foi condenado a seis meses de prisão, uma vez que a Corte entendeu que, estando o país em guerra, havia autorização para que o Congresso editasse uma lei que restringisse de maneira mais forte os direitos civis.

Já no caso *Whitney v. Califórnia*, 274 U.S. 357 (1927) os juízes foram além da própria teoria do “clear and present danger” ao dizer que o Estado teria direito

²⁷ DWORKIN, R. *Idem*. p. 300

de punir aqueles que simplesmente abusassem do direito à liberdade de expressão. Anita Whitney foi a cusada de violar o “1919 Criminal Syndicalism Act”²⁸ por ter ajudado a organizar e estabelecer o “Communist Labor Party”²⁹, um grupo que pregava a tomada violenta do poder no Estado. Mesmo alegando que não tinha intenção de provocar violência, disse a Corte que se a fala fosse “inimiga do Bem comum, tendendo a incitar o crime, perturbar a paz pública, ou pôr em perigo as fundações de um governo organizado e ameaçar a sua derrubada”³⁰ ela poderia ser punida. É o que se passou chamar de “bad tendency”, ou seja, a expressão das idéias poderia ser punida se tivesse uma tendência ruim.

Esse entendimento, ao nosso ver claramente equivocado, veio a ser revisto pela própria Suprema Corte quando da análise do caso *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969), nos seguintes termos

El apelante, un dirigente del Ku-Klux-Klan, fue condenado por aplicación de la ley del Estado de Ohio sobre sindicalismo criminal, por ‘predicar el deber, necesidad o propiedad de crímenes, sabotajes, violencia o métodos terroristas ilegales como un medio para lograr una reforma industrial o política’, y por “asociarse voluntariamente con una sociedad, grupo, o reunión de personas con el fin de enseñar o predicar la doctrina del sindicalismo criminal”. Fue multado con u\$s 1000 y sentenciado a prisión de uno a diez años. La suprema del Estado de Ohio rechazó su apelación [porque] ‘no había una cuestión constitucional de fondo en tal apelación’. *Revocamos*. La ley de Ohio fue sancionada en 1919. De 1917 a 1920 leyes idénticas o similares fueron adoptadas por veinte Estados e dos territorios. En 1927, esta Corte sostuvo la constitucionalidad de la ley sobre sindicalismo criminal del Estado de California cuyo texto es muy similar al de las leyes de Ohio, *Whitney v. California*, 274 US 357 (1927). La Corte sostuvo la constitucionalidad de la ley basándose en el argumento de que, sin más, predicar medios violentos para provocar el cambio político y económico conlleva un daño a seguridad del Estado, quien tiene el derecho de declararlo ilegal. Pero el caso ‘Whitney’ ha sido ampliamente desacreditado por decisiones posteriores, ver *Dennis v. United States*, 347 US 494, 507 (1951). Estas decisiones posteriores han delineado el principio de que las garantías constitucionales a la libre expresión y a la prensa libre no permiten al Estado prohibir o proscribir la advocación del uso de la fuerza o la violación a la ley, excepto cuando tal prédica fuere dirigida a incitar o producir una inminente acción violenta y fuera suficiente para probablemente incitar o producir tal acción. Como hemos dicho en *Noto*

²⁸ Lei do Sindicalismo Criminal.

²⁹ Partido Trabalhador Comunista

³⁰“...utterances inimical to the public welfare, tending to incite crime, disturb the public peace, or endanger the foundations of organized government and threaten its overthrow.” Tradução do autor.

v. United States, 367 US 290, 297-298 (1961), ‘la mera enseñanza en abstracto de la propiedad moral o aun la necesidad moral del recurso a la fuerza y a la violencia no es igual a la preparación de un grupo para la acción violenta o la incitación a tal acción’. Una ley que falla en efectuar esta distinción se inmiscuye más allá de lo permitido en las garantías de libertad de las enmiendas I y XIV. Abarca con su condena las expresiones a las que nuestra Constitución ha otorgado inmunidad del control gubernamental [citas omitidas] (...)nos enfrentamos aquí con una norma que, por sus propias palabras y por como fue aplicada, tiene por objeto reprimir la mera prédica y prohibir, ante la prevención al castigo criminal, la reunión con otros sólo para predicar la acción descripta. Tal norma cae dentro de la condena de las enmiendas I y XIV. La enseñanza en contrario del caso ‘Whitney’ no puede ser mantenida en el presente, y en consecuencia tal decisión es eliminada como antecedente jurisprudencial por la presente.³¹

Partindo no princípio da não-vedação a qualquer ponto de vista, criou-se nos Estados Unidos a teoria do “discurso do ódio” (o “hate speech”, numa tradução livre), pelo que se entende a possibilidade de expressar qualquer opinião, mesmo que ela seja discriminatória a um grupo étnico, racial, religioso, de gênero ou classe social. Como nenhum ponto de vista tem tratamento especial, e ao Governo não é permitido escolher aos quais favorecer ou desfavorecer, são considerados lícitos todos os discursos, de todas as formas e conteúdos, sem excluir discursos racistas e atuações de sociedades como a Ku-Klux-Klan. Nesse julgamento a Suprema Corte estabeleceu uma distinção entre o discurso que advogasse, em tese, uma política de violência e o discurso que incitasse a prática de atos de violência atuais e iminentes, e que provavelmente levariam a práticas violentas. Somente a segunda classe de discurso não estaria protegida pela Primeira Emenda.³²

³¹ MILLER, Jonathan. GELLI, Maria Angelica. CAYUSO, Susana. **Constitución y derechos humanos:** Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación. Buenos Aires: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991. p. 917-919.

³² SCHREIBER, Simone. Conteúdo e justificativa teórica da liberdade de expressão . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 781, 23 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7184>>. Acesso em: 25 ago. 2006

5. A DECISÃO DEMOCRÁTICA

A Democracia, como a origem grega do nome não deixa dúvidas, é o governo do povo. O povo é quem governa e para quem se governa, um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em seu proveito, na esteira das idéias de Abraham Lincoln.

Há uma grande discussão, contudo, acerca do que realmente é a democracia. Dworkin fala que há grande divergência acerca da operacionalização do regime democrático: a forma de representação, de repartição dos poderes, o tempo e a forma das eleições, ficando a pergunta de qual seria seu melhor arranjo? Porém, para além dessa discussão de caráter mais instrumental, o professor americano acredita haver uma disputa filosófica mais profunda acerca do valor fundamental de uma democracia, e se podemos aceitar o princípio do governo da maioria (“The Majoritarian Premise”).³³

A tese diz que os procedimentos políticos adotados por um país devem servir para apurar a decisão tomada pela maioria, e esta seria boa se partir de informações adequadas e com um tempo razoável de reflexão. Assim, as leis e políticas públicas de um regime democrático devem representar a vontade da maioria. Dworkin assevera que a maioria das pessoas que assume o princípio da maioria, a coloca como definição última e justificação da democracia, ao passo que aceita, em algumas situações, que o princípio da maioria não deva governar.³⁴ Muitas vezes à vontade da maioria pode ser sobreposto um direito individual, que necessita de proteção. A questão que se coloca, então, seria a de que a vontade da maioria pode até ser contrariada, mas disso resulta um prejuízo, um custo a ser pago pela sociedade, e mesmo com fortíssimas razões para contrariá-la, permaneceria a injustiça em relação ao todo. Dworkin defende, então, o que chama de “concepção constitucional de democracia”³⁵ que rejeita a decisão coletiva baseada unicamente – ou normalmente –

³³ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**: The moral reading of the american constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 15

³⁴ DWORKIN, R. **Freedom's law**. p. 16

³⁵ Constitutional conception of democracy.

na vontade da maioria dos cidadãos, e coloca como ponto basilar de um regime democrático que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratem todos os membros da comunidade, como indivíduos, com igual consideração e respeito”³⁶ O que viria a requerer os mesmos mecanismos de governo – a representação, por exemplo – das democracias baseadas no princípio da maioria, todavia, esses mecanismos de apuração da vontade da maioria deveriam se voltar ao igual tratamento devido a todos os cidadãos, e não ao simples governo da maioria.

Assim, a democracia teria por base o igual tratamento devido a todos, o que sem dúvida compreende também o princípio de tratar desigualmente os desiguais. A “melhor” decisão, uma decisão democrática, se descola, então, da vontade da maioria, e passa a significar o respeito a todos na sua dimensão de seres humanos, com igual consideração e respeito – o princípio, constante em nosso ordenamento, da dignidade da pessoa humana.

Dworkin faz duas leituras acerca da democracia como governo do povo. A primeira leitura é estatística, na qual a decisão política é tomada com base na soma dos votos ou vontades individuais dos cidadãos. A segunda é uma leitura comunitária, em que a decisão política é tomada por uma entidade distinta – o povo – em contraposição a uma mera operação aritmética de soma das vontades individuais.³⁷ A própria concepção de “vontade geral” de Rousseau se aproxima mais dessa visão comunitária, do que da visão estatística. Logo, a vontade de cada um dos membros, ou a soma delas, nem sempre – ou quase nunca – representa a vontade da maioria, considerada como um “corpo”.

Deve haver um processo para se apurar qual é a vontade do povo, melhor entendida, ao nosso ver, na visão comunitária dessa vontade³⁸. A maioria das

³⁶ DWORKIN, R. *Freedom's law*. p. 17

³⁷ DWORKIN, R. *Freedom's law*. p. 20

³⁸ Não esquecemos também que o conceito de povo apresenta muitas definições atualmente, bastando se reportar ao livro “Quem é o povo?” de Friederich Muller. Contudo, passaremos ao largo desta

democracias contemporâneas apresenta adota o sistema representativo, em que alguns membros da sociedade são eleitos para exercerem o poder e tomarem as decisões em nome dos demais. Isso se dá principalmente pela grande quantidade de pessoas que vivem sob um mesmo governo, o que torna praticamente impossível a participação direta nas decisões. Então, em períodos determinados, o povo é chamado a escolher seus representantes através do voto. São princípios basilares para que essa escolha seja democrática que qualquer um possa se candidatar aos cargos públicos (preenchidos, contudo, certos requisitos), e que a cada cidadão corresponda um único voto, valorizando o princípio da igualdade.

Não é, todavia, somente nos períodos eleitorais que a vontade do povo exerce influência sobre o governo, apesar desse momento ser o ápice dessa participação, diuturnamente as ações dos governantes são influenciadas pelas vontades e sentimentos dos seus cidadãos. Além do contato direto, das pressões sociais – seja por movimentos organizados ou não – da mídia, da internet, tem se destacado nas últimas décadas, o uso das pesquisas de opinião pelos governantes para descobrir o que a população está demandando ou sentindo. Logo, hoje talvez mais do que nunca, os movimentos ocorridos na vontade social são sentidos pelo governo de maneira muito rápida, e não mais apenas nos períodos eleitorais.

Portanto, é necessário que o governo garanta que o povo está tendo boas condições para tomar essas decisões, que passam a ter influência direta nos rumos do país. Uma das condições, necessária porém não suficiente, da proficuidade do debate público, e de seu caráter democrático, é a liberdade que todos devem ter para nele influenciar e dele participar. Desponta assim o direito à liberdade de expressão como garantia inexorável da lisura do debate e, por conseqüência, da boa decisão tomada pelo povo.

discussão, uma vez que para este trabalho o importante é simplesmente a noção de tomada de decisão coletiva, que ocorre nas democracias, e os seus efeitos.

Deve o Estado garantir o efetivo debate, através da riqueza de posições em conflito, a fim de assegurar que o resultado seja o real desejo social, que pôde avaliar corretamente os seus riscos, e os prós e contras de cada decisão, uma vez que todos os argumentos teriam sido lançados. É o que defende o professor americano Owen Fiss, quando fala que o Estado hoje deve atuar como regulador do debate público, e, apesar da neutralidade que deve manter nas discussões, muitas vezes ele “podría verse en la necesidad de desfavorecer a algunos de los oradores (como o político que possui mais recursos para campanha) com el propósito de asegurar que todas las partes sean escuchadas”³⁹

E continua, dizendo que se há uma “preocupación subyacente de que el Estado puede usar su poder para orientar um debate de tal manera que pueda producir un resultado particular. Sin embargo, debería igualmente preocuparnos el que particulares usen su poder para inducir resultados específicos en los debates públicos.”⁴⁰

Portanto, mesmo que haja o risco de o Estado querer controlar as decisões, há maneiras de fiscalizá-lo de maneira mais fácil que aos particulares. Fiss lembra que a mudança da decisão original por conta do enriquecimento do debate provocado pela atuação estatal não é de maneira alguma ruim. Pois o “o que la democracia exalta no es solamente que las decisiones sean públicas sino que las decisiones públicas sean tomadas bajo condiciones de plena información y de adecuada reflexión. El que el Estado promueva ese tipo de decisiones es algo que no debemos objetar sino aplaudir.”⁴¹

Nesse diapasão é que iremos enfrentar alguns problemas que atingem as decisões públicas, e nelas influenciam, buscando apontar meios para diminuí-los, no

³⁹ FISS, Owen. El efecto silenciador de la libertad de expresión. **Isonomía**. Nº. 4. Abril 1996. [s.l.][s.e.]. p. 25

⁴⁰ FISS, O. Idem, ibidem.

⁴¹ FISS, O. Idem. p. 26

escopo de manter a pluralidade e liberdade no debate público, aperfeiçoando o sistema democrático de governo, mantendo-o saudável e realmente nas mãos do povo.

6. FENÔMENOS QUE INFLUENCIAM A TOMADA DE DECISÕES EM UMA DEMOCRACIA: “CASCATAS SOCIAIS”, “POLARIZAÇÃO DE GRUPO” E “CONFORMISMO”.

O professor americano Cass R. Sunstein em sua obra “Why societies need dissent” aponta – e explica com riqueza de detalhes e exemplos – três fenômenos que ocorrem na sociedade e que afetam diretamente a democracia. Tentaremos fazer uma síntese de suas idéias acerca do conformismo, das cascatas sociais e das polarizações de grupo⁴², bem como da atuação desses fenômenos na vida cotidiana da sociedade, relacionando, por fim, com a importância da liberdade de expressão para diminuir seus efeitos.

6.1. CONFORMISMO

Para cada um de nós, conformar é normalmente uma maneira sensata de agir, uma vez que, na maioria do tempo, não temos todas as informações necessárias a uma boa decisão. A informação pode até estar disponível, mas não é humanamente possível a conseguir analisar. As decisões dos outros acabam se tornando a melhor fonte de informação. Se não estamos certos do que fazer, seria melhor seguir a multidão.⁴³ É isso que leva muitas comunidades a desenvolver um padrão de onde morar, o que comer, como votar, o que comprar – sendo que não é difícil hoje encontrarmos padrões mundiais de comportamento: vejam-se as redes de lanchonetes como o McDonald’s e os filmes de Hollywood.

O problema é que o conformismo espalhado pela sociedade diminui a quantidade de informação que nela circula. Como se discute menos e se conforma

⁴² Em tradução livre de: *social cascades, group polarization and conformism*. SUNSTEIN, Cass. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

⁴³ SUNSTEIN, C. Obra citada. p. 5.

mais, os argumentos que poderiam contribuir para o debate acabam por não ser lançados, e o debate público acaba empobrecendo. E pior, na ponta de tudo isso, a injustiça, a opressão, violência em massa, limpezas étnicas e discriminações acabam por encontrar caminho livre, uma vez que as pessoas de bem nada falam ou fazem.⁴⁴

Sunstein descreve um experimento que, além de intrigante, serve bem ao propósito deste trabalho. Foi apresentada a um grupo de pessoas a seguinte afirmação: *A liberdade de expressão (Free speech) é mais um privilégio do que um direito, e é possível a uma sociedade suspender a liberdade de expressão quando se sinta ameaçada*. Ao serem perguntados individualmente, apenas 19 % (dezenove por cento) dos entrevistados concordaram com a afirmação. Contudo, uma vez confrontados os entrevistados com quatro pessoas que sustentavam essa afirmação, 58 % (cinquenta e oito por cento) das pessoas passaram a concordar com ela.⁴⁵ Ou seja, apenas por encontrarem opiniões opostas às suas, grande parte dos entrevistados abandonou as convicções pessoais (e não sobre qualquer coisa, mas num assunto de grande importância como o tema das liberdades civis) e passou a concordar – e conformar – com o pequeno grupo. Isso mostra claramente como o comportamento, e as idéias, de uma pessoa podem ser influenciados pelos que estão à sua volta.

E não se pense que isso se dá apenas com os cidadãos “leigos”, esse fenômeno ocorre com médicos⁴⁶, engenheiros, advogados e até mesmo juízes, que costumam seguir a decisão de outros, principalmente quando a matéria que estão julgando não é de sua especialidade.

Podemos destacar três fatores tem muita influência no conformismo: 1) o dinheiro, 2) o tamanho do grupo e, 3) a identificação com o grupo. (As constatações expostas a seguir foram empiricamente comprovadas em testes realizados em vários países).

⁴⁴ SUNSTEIN, C. Idem. p. 6.

⁴⁵ SUNSTEIN, C. Idem. p. 22. O autor utiliza resultados de testes realizados por Salomon Asch, num modelo de experimento inaugurado na década de 30 pelo psicólogo Muzafer Sherif – modelo completo descrito na obra citada.

⁴⁶ Vide item infra sobre as cascatas sociais e sua ocorrência no campo médico.

1) Se a questão proposta aos entrevistados é fácil, e eles ganham dinheiro por estarem certos, a taxa média de conformismo decai, uma vez que as pessoas tendem a confiar nas suas próprias informações e garantir o lucro. Já o resultado é totalmente contrário se a pergunta é difícil, nesse caso, a taxa média de conformismo tende a aumentar, pois, para correr menos risco, os indivíduos preferem seguir a multidão – isso porque as questões difíceis deixam muita incerteza, e se acaba dando mais peso às respostas dos outros, por serem a fonte mais fácil de informação. Quando, contudo, não há recompensa financeira, a taxa de conformismo quase não varia entre as questões fáceis e as difíceis.⁴⁷

Isso pode tranquilamente ser transportado para a vida real em sociedade, e, a partir disso, conseguimos dizer que justamente nas decisões mais importantes (aquelas que envolvem algum interesse maior, seja ele o dinheiro - inerente ao modelo capitalista - ou as liberdades civis - que afetam diretamente a vida do cidadão, para dar somente dois exemplos) os indivíduos tendem a acompanhar o pensamento alheio, sem contudo refletir se a resposta faz algum sentido. Nesses casos a mídia e os argumentos de autoridade tem muita relevância no pensamento das pessoas, uma vez que é a primeira que trará as informações necessárias à decisão – nem sempre com a imparcialidade desejada – e, principalmente nos casos difíceis, os argumentos de autoridade tendem a ter grande influência no pensamento do povo. Como a vida moderna é muito atribulada e especializada, não há tempo ou meios de se conhecer todos os campos do pensamento humano, e o argumento de um especialista em determinado assunto tende a receber mais valor.

2) O tamanho do grupo de pessoas também têm influência sobre a decisão. Descobriu-se experimentalmente que a taxa de conformismo vai aumentando até quando há três indivíduos influenciando as respostas (três pessoas que erram intencionalmente para testar a influência nos outros), ao se aumentar esse número, os resultados do conformismo não sofrem grande alteração. O que é mais interessante,

⁴⁷ SUNSTEIN, C. Obra citada. p. 25

porém, é que uma pequena mudança no experimento causa uma reviravolta nas decisões: “A existência de uma única voz de sanidade reduziu dramaticamente a taxa de conformismo e de erro.”⁴⁸ Se pelo menos uma pessoa revela a verdade, os erros se reduzem em três quartos, mesmo se a maioria se inclina para a outra resposta. Isso ocorre porque as pessoas, contando com pelo menos um “apoio”, passam a acreditar no que vêem ou no que sabem ser verdade.⁴⁹

Notamos aqui que os pequenos círculos sociais podem engendrar uma grande dose de conformismo. A família, um grupo de amigos, os colegas de trabalho são lugares onde há uma tendência de conformação das idéias. Não se deve esquecer porém de grupos maiores que também apresentam essa influência como as Igrejas, partidos políticos, associações de bairro, entre outras. O mais interessante é notar, porém, que um único dissidente pode mudar a opinião de todo o grupo. Aí que encontramos a importância de uma verdadeira liberdade de expressão, na qual, mesmo contra tudo e contra todos, um único indivíduo pode falar e inverter todo o rumo da discussão. É de se imaginar a relevância que essa constatação tem para o debate público, uma vez que dar a palavra a uma voz dissonante – o que, convenha-se, é bastante difícil – pode alterar completamente o rumo da decisão social.

3) A identificação com o grupo no qual se encontra tem importância – e muita – a decisão tomada pelo indivíduo. Se ele se vê como de um grupo diferente da maioria, o efeito do conformismo é bastante reduzido. Um sujeito Palestino, por exemplo, tem muito mais resistência a conformar com um grupo formado por israelenses.⁵⁰ E o contrário também é verdadeiro, uma vez que o indivíduo se identifica como parte do grupo – vários advogados, por exemplo – o conformismo tende a aumentar.

⁴⁸ SUNSTEIN, C. Idem. p. 26. Tradução livre.

⁴⁹ Sunstein afirma que uma única voz de dissenso pode ser a diferença entre uma decisão certa e uma errada. Cita os exemplos o fiasco da invasão americana na Baía dos Porcos, que poderia ter sido evitado, e a história das “Novas roupas do Imperador”, quando todos acreditavam que o Imperador estava usando um novo tipo de roupa invisível, e somente um menino pôde enxergar a verdade que estava diante dos olhos de todos: o Imperador estava nu.

⁵⁰ SUNSTEIN, C. Obra Citada. p. 28.

Isso leva a uma situação em que se pode, por exemplo, tirar o crédito e a influência de um orador ao enquadrá-lo em certo grupo: neoliberal, conservador, socialista; o que, ao depender da platéia, pode tirar toda a efetividade do discurso. Paralelamente com essa influência dos grupos, pode-se também concluir que eles podem ser grandes criadores de erros e de posições sem sentido, uma vez que todos os seus indivíduos tendem a concordar e normalmente não há debate com grupos opostos, o que torna a decisão unilateral e, muitas vezes, burra.⁵¹

6.2. “CASCATAS SOCIAIS”

As “cascatas sociais”, ou *social cascades*, podem ser definidas como os movimentos sociais de larga escala em que muitas pessoas acabam pensando, ou fazendo, algo somente porque outros indivíduos assim pensaram ou fizeram antes delas, sendo que os primeiros detêm grande influência sobre os que seguem.⁵²

Elas podem até passar um pouco despercebidas, mas estão muito presentes em nosso cotidiano: as roupas da moda, a música do momento, o programa mais assistido. E seria ledor engano pensar que as cascatas só afetam as trivialidades, pois elas se fazem muito presentes nas matérias de grande relevo social, especialmente na vida política de uma democracia. Elas podem envolver tanto julgamentos de fato como de valor, e seus efeitos podem se dar nos mais diversos grupos sociais como igrejas, partidos políticos, legislaturas e na população em geral. No Brasil a televisão é um grande indutor de cascatas, uma vez que o aparelho está presente na quase totalidade das residências do país, constituindo assim o principal meio de informação da população.

Há que se ressaltar que as cascatas não são, em si, boas ou ruins, como fala o professor Sunstein, elas podem operar fenômenos de grande transformação da sociedade – como o fim do apartheid na África do Sul, o movimento dos direitos civis

⁵¹ Vide *infra* os efeitos da “polarização de grupo”

⁵² SUNSTEIN, C. Obra Citada. p. 54. Tradução livre: “large scale social movements in which many people end up thinking something or doing something because of the beliefs or actions of a few ‘early movers’, who greatly influence those who follow.”

nos Estados Unidos e o próprio movimento das Diretas Já no Brasil – mas também podem causar sérios problemas, como julgamentos errôneos sobre certos assuntos ou pessoas – é interessante o que está ocorrendo com os imigrantes de origem árabe nos Estados Unidos, que hoje suscitam grande desconfiança e são alvos de preconceito e discriminação pós 11 de setembro.

Pode-se destacar dois tipos de cascatas: as de informação e de reputação, que serão explicitadas a seguir.

6.2.1. AS CASCATAS DE INFORMAÇÃO

As cascatas de informação, ou *informational cascades*, se dão quando as pessoas pensam ou decidem algo ignorando a informação própria – ou por não tê-la – baseando-se em sinais alheios. Partindo da primeira decisão, as demais pessoas não colocam novos argumentos em debate, e a aquela pode influenciar centenas de outras em seqüência, ou em cascata.

O problema surge quando os indivíduos pensam, de maneira incorreta, que grande número de outros indivíduos pensam ou agem de determinada maneira a partir de um conhecimento independente⁵³, quando, na verdade, estão apenas reproduzindo cascatas anteriores. Um exemplo simples dado por Sunstein é da área médica, no qual muitos tratamentos são aplicados simplesmente porque muitos médicos estão usando. Como a maioria dos profissionais não têm muito tempo para dedicar à pesquisa e aperfeiçoamento, acabam por ministrar o tratamento porque outros também o fazem, num “entusiasmo cego” e agindo como “minhocas”, como uma vez já publicou o “New England Journal of Medicine”. Essa cascata ocorre porque mesmo alguns médicos possuindo experiências próprias de insucesso de certo tratamento, acabam por continuar a prescrevê-lo, não divulgando seus resultados, pensando ser apenas um caso isolado. Esse silêncio pode perpetuar uma cascata ruim, que pode, contudo, ser quebrada pela divulgação das informações verdadeiras. O exemplo não vale só para médicos, a maioria das profissões apresenta um certo grau

⁵³ SUNSTEIN, C. Idem. p. 55

de cascata – engenheiros, advogados, juízes – o que não deixa de ser inerente ao próprio conhecimento prático do ofício, mas pode ter resultados desastrosos.

O risco de erro nas cascatas de informação é bastante grande, pois as pessoas podem convergir a partir de uma informação errada. Outro exemplo dado pelo professor Sunstein é a grande preocupação acerca de viagens aéreas ou alimentos geneticamente modificados, apesar de que, na prática, nunca se demonstrou males concretos destes e os riscos daqueles serem muito pequenos. Entretanto, a poluição do ar, obesidade, exposição ao sol e as “junk foods”, apesar de apresentarem grandes e sérios riscos para a saúde, não são objeto de consternação cotidiana.⁵⁴

As cascatas de informação podem ser paradas por pessoas informadas, por vozes dissidentes, sendo que ocorrem menos em sociedades em que as pessoas são recompensadas por uma decisão de grupo correta, e não apenas pelo acerto individual. Melhor explicando, normalmente é mais fácil e lucrativo seguir a multidão, conformar-se, e não há vantagens imediatas em dissentir da maioria. Porém, numa visão de longo prazo, toda essa informação sonogada irá fazer falta nas decisões a serem tomadas. Por isso, haverá melhores resultados em grupos⁵⁵ nos quais haja recompensas para se dizer a verdade. Isso foi constatado em nível laboratorial, em pequenos grupos, mas nada desautoriza sua aplicação numa escala social mais ampla.

6.2.2. AS CASCATAS DE REPUTAÇÃO

As *reputational cascades* ocorrem quando as pessoas, mesmo pensando que estão certas sobre determinada matéria, resolvem tomar a mesma decisão –

⁵⁴ SUNSTEIN, C. Idem. p. 61

⁵⁵ No livro *Why societies need dissent* são descritos vários experimentos realizados com grupos de pessoas, nos quais o resultado global era melhor quando as recompensas dadas aos participantes eram em grupo, ou seja, quando o ganho era igual para todos, independente dos acertos individuais, as pessoas tendiam sempre a falar a verdade, a fim de que todo o grupo fosse ajudado, mesmo que se cometesse algum erro individual. Já quando as recompensas eram individuais, cada um, ao invés de revelar a informação verdadeira, buscava sempre a opção mais vantajosa para si. Esses resultados de laboratório podem ser aplicados em sociedade, tendo em vista que podem ser criados sistemas de difusão da informação social que potencializem os resultados globais em detrimentos dos individuais – ressaltando-se porém que os rendimentos globais também beneficiam individualmente a todos.

pensando e agindo da mesma maneira - da maioria para o fim de manter a boa opinião e o status perante os outros.⁵⁶ A reputação aqui tem papel principal nas decisões do indivíduo, pois, afinal, o que os vizinhos irão pensar?

É com essa pergunta que Sunstein inicia o capítulo acerca das cascatas de reputação, e essa questão tem muito mais influência do que se poderia pensar. Na vida em sociedade as relações normalmente se dão em grupos, que estão presentes em todas as fases da vida humana. Desde a infância e a adolescência na escola participamos de grupos, e tentamos ser em algum deles aceito. Na vida adulta não é diferente: a equipe de trabalho, a própria família, o pessoal do futebol, os clubes, a igreja. Em cada um deles, para se garantir a aceitação, devem ser seguidas regras – por mínimas ou máximas que sejam – e, normalmente, a tendência é de conformar para ser aceito, e não discordar e correr o risco de ser expulso, mal visto ou mal falado. Como se pode ver, esse tipo de cascata pode apresentar grandes efeitos nas decisões tomadas pelos indivíduos e pelo próprio grupo. Seus efeitos se dão também sobre o governo, nas relações entre os países, nas Assembléias legislativas, ou seja, causam efeitos nas grandes e importantes decisões sociais, sendo, portanto, um fenômeno que não pode ser ignorado.

Assim, o dissenso e a liberdade de expressão são importantes ferramentas para parar as cascatas ruins e melhorar a vida da sociedade como um todo, mais adiante explicaremos melhor os meios para tal.

6.3. A POLARIZAÇÃO DE GRUPO

Quando estão reunidas, normalmente as pessoas acabam fazendo coisas que cada uma não conseguiria fazer individualmente, sendo que os grupos normalmente tendem a ir aos extremos. Esse fenômeno é chamado de *group polarization* e explica uma série de comportamentos como as gangues, os partidos políticos, os grupos terroristas, religiosos, entre outros.⁵⁷ Há vários estudos, realizados

⁵⁶ SUNSTEIN, C. Obra Citada. p. 74

⁵⁷ SUNSTEIN, C. Idem. p. 111.

em diversos países do mundo, que chegaram a conclusões muito semelhantes, e que podem ser sintetizadas ao se dizer que “um grupo de deliberação acaba tomando uma *posição mais extrema* do que a que seu membro mediano tinha antes da reunião ter início”.⁵⁸

Pessoas que tem a mesma formação ideológica, com idéias comuns, após um debate, acabam por terminar com uma posição mais extrema, uma vez que todos os argumentos lançados na discussão acabam por favorecer suas idéias. É justamente o contrário do que ocorre quando do confronto de posições contrárias, quando a tendência é de se achar um ponto médio entre os pensamentos antagônicos.

O extremismo político é resultado direto da polarização de grupo: se costuma dizer que uma boa maneira de criar um grupo extremista, de qualquer tipo, é isolar seus membros do resto da sociedade⁵⁹ - isolamento que não necessita ser físico, mas deve ser primordialmente intelectual, principalmente pela desqualificação dos argumentos contrários, sempre acusados de suspeitos ou traidores.

A preocupação também inclui a instituição do Júri, que no Brasil decide os casos de crimes dolosos contra a vida, e nos Estados Unidos grande parte das questões criminais, bem como das civis. Essa instituição tão importante ao funcionamento do Estado também sofre com a polarização de grupo, e suas decisões podem por ela se viciar. Pode se ver no filme “Twelve Angry Men” a história de um Júri no qual onze pessoas concordavam com a condenação do réu por homicídio e apenas uma dissentia, e esta, firme em sua posição, passou a demonstrar a falta de provas para condenar o réu, que acabou sendo absolvido. Se não fosse esse cidadão, o réu seria provavelmente condenado à morte. Apesar de um pouco caricaturado, podem-se imaginar casos semelhantes na vida real, e daí a importância do dissenso e da liberdade de expressão para as decisões sociais.

⁵⁸ SUNSTEIN, C. Idem. p. 112. Tradução livre.

⁵⁹ SUNSTEIN, C. Idem, ibidem.

Logo, a polarização de grupo é um fenômeno de bastante relevância no mundo atual. Para se dizer o mínimo, basta se pensar nos grupos políticos extremistas árabes – alguns que praticam inclusive atos terroristas - como o libanês Hezbollah, a Jihad Islâmica, o palestino Hamas e o Taleban de Osama Bin Laden. Mas não se deve descuidar das polarizações que ocorrem dentro das próprias democracias, como os partidos europeus de extrema direita, e sua intolerância com os imigrantes.

7. A PROMOÇÃO DO DISSENSO NO DIREITO AMERICANO

Passaremos a analisar alguns institutos e entendimentos constantes do direito dos Estados Unidos, que refletem a preocupação que sempre houve em promover o dissenso e barrar ou atenuar os fenômenos acima descritos.

7.1. OS MECANISMOS CONSTITUCIONAIS

Os Estados Unidos da América foram o primeiro país a adotar uma Constituição baseada nos princípios democráticos. “Do povo, pelo povo e para o povo” já dizia Abraham Lincoln, o que bem resume a formação do governo na sociedade americana. Libertada do domínio real, as treze colônias basearam-se na autonomia dos estados-membros, com a concessão de alguns poderes à União, quando da organização de sua república.

Ancorada na teoria da separação de poderes de Montesquieu, os constitucionalistas americanos criaram o cargo de Presidente da República – com conformação próxima à figura do Rei – eleito entre a população para um mandato de quatro anos. Um sistema legislativo bicameral - com um Senado para representar os estados e uma Câmara de deputados para representar o povo – também com mandatos determinados. Bem como instituíram um poder Judiciário independente, com autonomia para julgar todas as matérias, encabeçado por uma Suprema Corte – com a idéia de ser mediadora entre os conflitos interestaduais e para defender a Constituição.

Isso, na opinião do jurista americano Cass Sunstein, foi a maior contribuição dos “fundadores”⁶⁰, tendo em vista que o desequilíbrio das instituições, assegura um grande debate nas esferas governamentais, garantindo a variedade de visões e opiniões dentro do governo. Como explicitaremos, Sunstein aponta a importância do dissenso para a tomada de decisões importantes, e o perigo da ocorrência dos fenômenos do conformismo, das cascatas sociais e da polarização de grupo.⁶¹

Nos debates que antecederam à Constituição, Alexander Hamilton defendeu a ideia do dissenso e do conflito de opiniões, ao contrário de alguns que achavam ser a república lugar para se reunir pessoas com os mesmos sentimentos e interesses, ao dizer que as “diferenças de opinião, e o grande número de partidos no poder legislativo (...) normalmente promovem deliberação e circunspeção, e servem para checar os excessos da maioria”⁶²

Uma democracia, para que funcionasse bem - na visão constitucionalista americana – não deveria apenas assegurar resposta ao povo através das eleições, mas garantir que todas as decisões tomadas pelo governo, no espaço público, sejam justificadas por razões legítimas – entendidas aqui como uma legitimidade social ampla -, não apenas de um segmento social, e não simplesmente pela maioria.⁶³ Além da mera legalidade, que pode estar presente em regimes autoritários, o que eles buscaram é que as ações e decisões governamentais estivessem baseadas no real anseio, e em conformidade, com a sociedade como um todo, e não apenas de sua maioria, ou de alguma classe.

⁶⁰ Os “Founding fathers” ou “American founders”, como fala Sunstein, fundadores da república americana e redatores da Constituição.

⁶¹ “Conformity, social cascades and group polarization” do original, trad. do autor. SUNSTEIN, C. Obra citada. p. 10.

⁶² HAMILTON, Alexander. **The federalist**. nº. 70. p. 427-37 **apud** SUNSTEIN, C. Obra. Citada. p. 146 Tradução do autor: “differences of opinion, and the jarring of parties in [the legislative] department of government (...) often promote deliberation and circumspection; and serve to check the excesses of majority.”

⁶³ SUNSTEIN, C. Obra citada. p. 150.

Assim, visualizou-se a possibilidade de se criar um sistema republicano de governo, em que uma nação se formaria a partir de cidadãos bastante heterogêneos. A idéia era inédita, uma vez que os Estados-nações que existiam à época, eram formados notadamente pela união de povos similares, que apresentavam cultura, hábitos e línguas comuns – veja-se Itália e Alemanha, por exemplo. Logo, a idéia de se reunir as diferenças era instigante, mas ao mesmo tempo bastante criticada – os antifederalistas a consideravam impossível.

Mas acabou por vencer a idéia de que a heterogeneidade de opiniões pode ser uma força criativa, uma salvaguarda contra o extremismo injustificado e em face de visões políticas unilaterais⁶⁴, tornando o caminho da democracia – os debates, as votações, as eleições – mais árduo e acidentado, contudo, com resultados normalmente melhores.

Algumas instituições constitucionais americanas refletem o medo dos efeitos cascata, das polarizações de grupo e do conformismo na tomada de decisões por parte do governo. Isso leva a criar um processo de decisão com várias etapas, realizadas por diferentes órgãos, a fim de se checar e prevenir más decisões provocadas por esses efeitos.

O exemplo mais óbvio, dado por Sunstein, é o bicameralismo, a divisão do poder legislativo federal em duas “casas” distintas: o “Senate” – com senadores representando os estados – e a “House of Representatives” – com deputados que representam o povo. No Brasil se adota o mesmo modelo base, com o Senado e a Câmara dos Deputados. Isso serviria para evitar a situação em que uma das casas é movida por paixões ocasionais, polarização de grupo ou mesmo por decisões eleitoreiras, ao passo que a outra poderia estar livre desses fenômenos, melhor analisar a matéria, podendo não aprova-la se em desacordo com os reais interesses do país.

⁶⁴ SUNSTEIN, C. Idem. p. 151.

As pressões sociais produzem e influenciam, sem dúvida, efeitos cascata em ambas as casas, como afirma Sunstein⁶⁵, e muitas vezes as pressões atravessam a fronteira de uma para outra. Mas, como a composição das duas casas é bastante diferente – normalmente o senado é formado por políticos mais velhos e experientes, ao passo que a câmara⁶⁶ é por políticos mais jovens, juntando todas as diferenças culturais que isso implica – isso [o bicameralismo] se torna mais um garante contra os efeitos da falta de dissenso, através do efeito apaziguador e moderador de uma casa sobre a outra.

Isso é parte do que se chamou “system of checks and balances”⁶⁷ da constituição americana, que busca aprimorar as decisões governamentais. O professor Sunstein ainda destaca como parte desse sistema: o veto presidencial às leis, como forma de contrabalançar as duas casas legislativas; o próprio sistema federal, que continua como motor da diversidade – a liberdade que os cidadãos têm de mudar de estado proporciona a garantia contra leis opressivas, criando certa competição entre os estados – e, como um estado não controla o outro, nem a união a nenhum deles e vice-versa, asseguram-se os diferentes pontos de vista e, por consequência, a liberdade daí proveniente; a independência do Judiciário; a competência do Congresso para declarar guerra.⁶⁸

7.2. A IMPORTÂNCIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

É óbvio, todavia necessário, dizer que a liberdade de expressão é peça chave para anular ou diminuir a influência dos fenômenos descritos por Cass Sunstein. Ela é a garantia necessária – talvez não suficiente – para barrá-los e, por conseguinte, promover o dissenso na sociedade, fundamental para a vida de um regime democrático de Estado. Vale lembrar que a unanimidade é muito raramente encontrada quando se

⁶⁵ SUNSTEIN, C. Idem. p. 153

⁶⁶ Chamaremos de “câmara” não querendo se referir expressamente à Câmara dos Deputados ou a House of representatives, mas ao gênero – casa da legislatura federal que representa o povo.

⁶⁷ Algo como “sistema de freios e contra-pesos”, ou mais literalmente “sistema para checar e balancear” as decisões. Cremos que a primeira noção é mais familiar.

⁶⁸ SUNSTEIN, C. Obra Citada. p. 153-56.

vive sob uma verdadeira democracia, e só é plausível quando se pensa numa grande catástrofe ou alguma guerra realmente justa - e mesmo assim pensar em unanimidade das vontades, no sentido literal, é complicado, mais palpável é se pensar numa guinada de opiniões para o mesmo sentido (provavelmente com gradações heterogêneas). Por isso, deve-se desconfiar de regimes “democráticos” que tem seus governantes eleitos com todos os votos, ou com a imensa maioria deles. Nesses casos, é bastante provável que a oposição esteja de alguma forma oprimida, e parte do povo tenha negada sua liberdade – de falar, de votar, de informar.

Garantir a liberdade de expressão é proibir o governo de manipular a opinião pública, de dirigir o debate político e de censurar discursos que desaprova, não permitindo que imponha qualquer sanção – civil, penal ou administrativa – aos dissidentes⁶⁹, políticos ou não.⁷⁰ Nem mesmo o risco de que o discurso irá provocar violência ou perigo é suficiente para que haja censura, mesmo que ele seja significativo. A censura só é admitida em casos extremos, em que certamente a fala irá causar uma ação ilegal e não haja outro meio de evita-la. Um exemplo recorrente da doutrina é o da pessoa que dá um falso alarme de incêndio (mais atualmente seria mais comum um falso alarme de bomba ou de um atentado terrorista) em um teatro lotado; nesse caso o dano causado pelo discurso, com o provável tumulto superveniente, é iminente e concreto, muito diferente de outras situações em que o Estado tenta coibi-lo.

Vale a pena registrar aqui as idéias do juiz Oliver Wendell Holmes, que tinha uma opinião dissidente acerca da proteção da liberdade de expressão, ao dizer que o Estado não podia isolar os cidadão nem mesmo do que chamava “expression we loathe and believe to be fraught with death”⁷¹. Os seus votos acabaram por prevalecer na Jurisprudência americana, tendo como paradigma o caso da lei que obrigava os

⁶⁹ SUNSTEIN, C. Idem. p. 97.

⁷⁰ Dissidentes podem ser encontrados nas políticas, nas artes, na música, na mídia, nos impressos e nas revistas.

⁷¹ West Virginia State Bd. Of Educ. v. Barnette, 319 US 624 (1943) **apud** SUNSTEIN, C. Obra Citada p. 96. Algo como o discurso que detestamos e acreditamos que tenha que se lutar contra até a morte.

estudantes de um estado americano a fazer uma saudação à bandeira dos Estados Unidos. A Suprema Corte, numa decisão corajosa – uma vez que se estava no meio da Segunda Guerra Mundial – declarou-a inconstitucional. A Corte disse: “A unificação compulsória de opinião só consegue a unanimidade do cemitério.” E continuou: “Se há alguma estrela fixada em nossa constelação constitucional, é a que nenhum oficial [entendido aqui como membro do governo], grande ou pequeno, pode prescrever o que deve ser ortodoxo na política, nacionalismo, religião, ou outros tipos de opinião ou forçar os cidadãos a confessar pela palavra ou em sua fé. Se há alguma circunstância que permita exceção, ela não ocorre agora conosco.”⁷²

Essa é a idéia chave para a liberdade do discurso, a isenção de conteúdo por parte do Estado. Isso beneficia não somente os cidadãos/particulares, como a princípio parece, e contra o qual poderiam se opor argumentos de caráter público e social; o que se deve perceber é que a sociedade como um todo dela se beneficia, pois esse princípio permite os dissidentes, desmascara o conformismo, quebra as cascatas e evita os extremismos.

7.3. A GARANTIA DA PLURALIDADE DE PONTOS DE VISTA

O direito à liberdade de expressão nos Estados Unidos, o “free speech law”, baseia-se na premissa de que o governo é proibido de discriminar todo e qualquer ponto de vista. Para explicar o seu funcionamento o professor Sunstein parte de três exemplos, que tentaremos resumir.⁷³

Consideremos três normas que de alguma forma restringem a liberdade de expressão: 1) Ninguém pode usar um caminhão de som, ou outro instrumento que produza um barulho muito alto e perturbativo, em qualquer via pública; 2) Ninguém

⁷² “Compulsory unification of opinion achieves only the unanimity of the graveyard”. “If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or at their faith therein. If there are any circumstances which permit an exception, they do not occur now to us.” Tradução livre.

⁷³ SUNSTEIN, C. Obra Citada p. 99-102

pode colocar cartazes ou propagandas políticas no metrô; 3) Ninguém pode criticar as políticas anti-terrorismo do governo dos Estados Unidos.

A primeira restrição tem conteúdo neutro, ou seja, não discrimina nenhum ponto de vista, bem como nenhum tipo de discurso. Há sim uma restrição à liberdade de expressão, mas ela opera igualmente para todas as pessoas, de qualquer visão política, ideológica ou cultural, seja a manifestação um discurso político, um espetáculo ou um culto religioso. Com as regras que apresentam essa neutralidade de conteúdo, a justiça americana tende a ser mais leniente. Ouve-se o governo, os motivos e interesses que o levou a adotar a norma – perturbação da paz social, da privacidade, via de regra – e os coloca na balança dos interesses do direito à liberdade de expressão. Se a restrição à liberdade for muito grande, a tendência é que não seja aceita; mas se os efeitos da norma em relação à liberdade de expressão forem pequenos e o interesse social relevante, pode ser considerada válida.

Já a segunda norma, contudo, apresenta uma preferência de conteúdo, uma vez que proíbe a propaganda política, mas não restringe a propaganda comercial, religiosa ou artística. Apesar disso, ela não faz discriminação a nenhum ponto de vista, ou seja, qualquer que seja a visão política do cidadão – esquerda, direita, centro, conservador, liberal – ele estará proibido de fazer propaganda no metrô. Esse tipo de restrição é fortemente desfavorecida pelos tribunais, uma vez que pode ser uma tática do governo para desestimular o discurso e a discussão política, em momentos desfavoráveis ao Governo. Tendo isso em vista, a autoridade pública chega a ser ouvida e seus argumentos são sopesados, mas se torna muito difícil a aprovação da validade da medida.

A terceira proibição é, todavia, qualitativamente diferente, pois permite uma discriminação em relação ao ponto de vista do orador. Alguém que queira elogiar as políticas anti-terrorismo do governo estará livre para fazê-lo, ao passo que quem os queira criticar estará proibido. Esse tipo de restrição é terminantemente proibida e é sempre inválida, pois não é lícito ao governo dizer o que é e o que não é certo.

Advogam para esse entendimento dois argumentos que cremos consideravelmente fortes: por primeiro, o governo não deve tratar seus cidadãos como seres incapazes ou débeis, que não conseguem discernir entre o que é certo ou errado. O Estado não deve se portar como pai ou mãe do cidadão, dizendo o que é certo ou errado, mas deve dar a ele a chance de fazer suas própria escolhas, a partir da base mais ampla e irrestrita de informação.

O segundo argumento que trazemos é o conceito do “marketplace of ideas”, pelo qual todas as idéias devem estar disponíveis aos cidadãos e em permanente confronto umas com as outras, e do qual só sairiam ilesas as que tivessem sustentação prática e teórica. Por essa tese, poder-se-ia acabar com as posições extremistas, em todas as matérias, pois elas não resistiriam ao confronto com as demais. Como toda prática mercadológica, obviamente esse mercado não conseguiria se auto-regular – em função, por exemplo, do poder econômico de algumas idéias ou da resistência em relação a outras. Caberia ao Estado, então, regular os meios, para torna-lo mais justo, amplo e de fácil acesso, sem contudo interferir no conteúdo das idéias que nele se encontram.

Portanto, ao se garantir o respeito estatal a pluralidade dos pontos de vista, sem promoção ou descrédito de nenhum deles, garantindo apenas a livre e igual circulação das idéias, permite-se ao cidadão fazer as próprias escolhas, como indivíduo capaz que é de guiar sua própria vida e de influir na sociedade. A partir de quando se proporciona ao cidadão acesso irrestrito e materialmente possível a informação e às idéias, pode-se liberta-lo das amarras do conformismo. Só assim faz sentido um governo democrático, no qual o povo tenha capacidade potencial e material de, se quiser, decidir seus próprios rumos.

8. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Na história do constitucionalismo brasileiro, a liberdade de expressão é contemplada como direito desde a Constituição do Império. Não gozava, porém, de

efetividade na maior parte do tempo. Analisar-se-á, descritivamente, a forma como a liberdade de expressão aparece em todas as constituições, e qual a ressonância que esse direito tinha na sociedade das diversas épocas.

A CONSTITUIÇÃO DE 1824

Na constituição do Império, outorgada em 25 de março de 1824, as disposições relativas aos direitos civis estão no título 8º, bem ao final da carta. Contam sete artigos, dos cento e setenta e nove constantes do texto máximo do Império, sendo que os seis primeiros referem-se ao procedimento para emendar a constituição. O artigo 179 – que é o que realmente trata dos direitos civis – é, porém, bastante extenso e enumera trinta e cinco incisos.

Influenciada pelo liberalismo reinante nas idéias da época, estão arrolados vários direitos como a igualdade de todos perante a lei (inc. XIII), a proibição da prisão arbitrária (inc. VIII), e a liberdade de expressão, nos seguintes termos:

Art. 179, IV: “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercício deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar.”⁷⁴

Portanto, era prevista a liberdade de expressão sem dependência de qualquer tipo de censura. Apesar da pompa, a determinação “não era para valer”, como nos fala o Professor Luís Roberto Barroso, quando diz que “sua sorte era análoga à do princípio da igualdade perante a lei, igualmente proclamado no texto constitucional, e que conviveu com os privilégio da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata.”⁷⁵

A CONSTITUIÇÃO DE 1891

⁷⁴ COMPANHOLE, Adriano e Hilton. **Todas as constituições do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1971. p. 600.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de Expressão no Brasil – Parte 1**. Em Blog do NOBLAT <<http://noblat1.estadao.com.br/noblat>> disponível em 10/07/2006

Na primeira constituição republicana, o espírito continua o mesmo, ao que apenas se acrescenta que é vedado o anonimato.

Art. 72, § 12: Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter nos casos e pela fôrma que a lei determinar. Não é permitido o anonymato.

Porém, a falta de efetividade das disposições constituição não muda com a virada republicana. Havia coação aos órgãos de imprensa e “empastelamento dos jornais” como fala Barroso.

CONSTITUIÇÃO DE 1934

A constituição de 1934 dá um passo atrás, quando ambigualmente garante a livre manifestação do pensamento, ao mesmo tempo que institui a censura a espetáculos e diversões públicas. O que explica – mas não justifica – essa situação era a grande preocupação à época com a moralidade pública. Ou seja, o que os constituintes desejavam era uma censura moral da sociedade, afastando um pouco a idéia de censura política.

Art. 113, 9) Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espectáculos e diversões publicas, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fôrma que a lei determinar. Não é permitido o anonymato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

Porém, logo em seguida é editada a primeira lei de segurança nacional (1935), e com a chegada do Estado Novo nem houve chance de se testar a Carta Magna.

CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Carta do Estado Novo de Getúlio Vargas é autoritária por excelência. Sem meias palavras ela retira a palavra liberdade, dizendo que o cidadão tem o

“direito” de se manifestar nos limites previstos pela lei, e institui uma série de hipóteses em que poderia haver censura. Como o que valia era a interpretação oficial, praticamente tudo podia ser censurado, em nome da segurança nacional e do bem estar do povo.

Art. 122, 15) Todo cidadão tem direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da rádio-difusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública, aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem estar do povo e segurança do Estado.

O Departamento de Imprensa e propaganda – o DIP – foi rigoroso na censura, sempre prévia, à imprensa e aos espetáculos e diversões públicas, também realizava a publicidade e propaganda dos ministérios. O órgão foi criado por decreto presidencial em dezembro de 1939, com o objetivo de difundir a ideologia do Estado Novo junto às camadas populares. A sua estrutura altamente centralizada permitia ao governo exercer o controle da informação, assegurando-lhe o domínio da vida cultural do país.

Na imprensa, a uniformização das notícias era garantida pela Agência Nacional. O DIP as distribuía gratuitamente ou como matéria subvencionada, dificultando assim o trabalho das empresas particulares. Contando com uma equipe numerosa e altamente qualificada, a Agência Nacional praticamente monopolizava o noticiário.⁷⁶

CONSTITUIÇÃO DE 1946

⁷⁶ **A era Vargas:** diretrizes do Estado Novo (1937-1945)

<http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos37-45/ev_ecp_dip.htm> Disponível em 02/08/2006.

A Carta de 46 reproduz quase literalmente a de 34, inovando com a vedação aos preconceitos de raça e de classe. O período que se seguiu foi um dos mais democráticos de nossa história, que é recheada de tantos autoritarismos. Influenciada pela derrubada do Nazismo e do Fascismo na Europa, bem como do Estado Novo por aqui, a época era a do renascimento dos direitos liberais e do surgimento dos direitos sociais que marcaram o período pós-guerra.

Art. 141, § 5º: É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça e de classe.

Porém, com a Guerra Fria e a maior influência norte-americana, interpretou-se como ilegais as idéias comunistas. Proibiu-se o Partido Comunista bem como a divulgação de suas idéias. Apesar disso, a “ameaça comunista” foi um dos principais motivos para o Golpe militar de 1964.

A CONSTITUIÇÃO DE 1967 E A EMENDA Nº. 1 DE 1969

Com o golpe de 1964 e a ditadura militar instalada, tem início o período mais negro da nossa história quando se fala de liberdade de expressão. A censura que se seguiu atingiu não só a imprensa, mas também todas as formas de arte foram objetos de controle do Estado.

Filmes eram proibidos, editados ou exibidos com tarjas negras. Músicas eram vetadas, cantores e compositores perseguidos por criticarem o regime. Programas de TV eram retirados do ar, o Ballet Bolshoi foi impedido de se apresentar supostamente por representar propaganda comunista.

A imprensa falada, escrita e televisionada foi duramente censurada. Proibiam-se os mais variados tipos de matéria, censores davam plantão nas redações dos jornais, periódicos eram recolhidos ou mesmo proibidos. Muitos jornais eram

obrigados a publicar receitas de bolo ou poesias no lugar das matérias previamente censuradas.⁷⁷

A constituição porém, “procurando manter a fachada liberal e com penosa insinceridade, enunciava ser livre a manifestação do pensamento, mas afirmava que não seria tolerada a subversão da ordem ou as publicações contrárias à moral e aos bons costumes.”⁷⁸

CF/1967, art. 150, § 8º: É livre a manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independente de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

EMENDA Nº.01/1969, art. 153, § 8º: É livre a manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações contrárias à moral e aos bons costumes.

A contrário do que acontecera durante o Estado Novo – vide acima – no qual a censura era explícita na Constituição - sendo expressamente permitida - durante a ditadura militar formalmente era assegurada a liberdade de expressão – inclusive na emenda nº. 01/69, que foi “outorgada” pelo regime militar.

Isso tornava mais cruel a situação, uma vez que a população em geral tinha pouco conhecimento dos atos praticados pelo regime militar. Não havia como se saber se a censura estava operante em dado momento ou não. Apenas com o tempo é que ela ficou mais explícita, por conta dos exageros do regime, pois chegou-se a

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de Expressão no Brasil – Parte 1**. Em Blog do NOBLAT <<http://noblat1.estadao.com.br/noblat>> disponível em 10/07/2006

⁷⁸ BARROSO, L.R. Obra Citada.

proibir a divulgação de um surto de meningite e alguns jornais publicavam mais receitas culinárias e poesias do que notícias.

O Ato Institucional nº 5, AI-5, baixado em 13 de dezembro de 1968, durante o governo do general Costa e Silva, instaurou os anos mais duros do regime militar. Vigorou até dezembro de 1978 e produziu um elenco de ações arbitrárias de efeitos duradouros. Deu poder de exceção aos governantes para punir arbitrariamente os que fossem inimigos do regime ou como tal considerados.

A gota d'água para sua promulgação foi o pronunciamento do deputado Márcio Moreira Alves, do MDB, na Câmara, lançando um apelo para que o povo não participasse dos desfiles militares do 7 de Setembro e para que as moças, "ardentes de liberdade", se recusassem a sair com oficiais.

O governo solicitou então ao Congresso a cassação dos dois deputados. Seguiram-se dias tensos no cenário político, entrecortados pela visita da rainha da Inglaterra ao Brasil, e no dia 12 de dezembro a Câmara recusou, por uma diferença de 75 votos (e com a colaboração da própria Arena), o pedido de licença para processar Márcio Moreira Alves. No dia seguinte foi baixado o AI-5, que autorizava o presidente da República, em caráter excepcional e, portanto, sem apreciação judicial, a: decretar o recesso do Congresso Nacional; intervir nos estados e municípios; cassar mandatos parlamentares; suspender, por dez anos, os direitos políticos de qualquer cidadão; decretar o confisco de bens considerados ilícitos; e suspender a garantia do habeas-corpus.

Para se ter uma idéia da abrangência da censura dos meios de comunicação, segue o conteúdo de um telegrama recebido pelo jornal O Estado de São Paulo em 1972:

“De ordem do senhor ministro da Justiça fica expressamente proibida a publicação de: notícias, comentários, entrevistas ou critérios de qualquer natureza, abertura política ou democratização ou assuntos correlatos, anistia a cassados ou revisão parcial de seus processos, críticas ou comentários ou editoriais desfavoráveis sobre a situação econômico-financeira, ou problema sucessório e suas implicações. As ordens acima

transmitidas atingem quaisquer pessoas, inclusive as que já foram ministros de Estado ou ocuparam altas posições ou funções em quaisquer atividades públicas.”⁷⁹

Como pode se ver, as matérias e assuntos passíveis de circulação eram apenas as trivialidades, pois se não se podia falar de política, de economia, do próprio regime, sobravam os esportes, as notícias criminais – quando não envolviam os crimes do governo – e as manchetes de como o país estava indo “bem”.

Havia situações também que poderiam ser ditas cômicas, se não fossem trágicas, como o “atestado de ideologia” que se fazia principalmente com professores e líderes sindicais. Reuniam-se alguns “peritos” que iriam analisar se a posição ideológica do examinado eram condizente ou não com o regime.

Assim, passou-se vinte anos de medo, obscuridade e opressão no país. A liberdade de se exprimir, apesar de solenemente proclamada na Constituição, não existia. E os efeitos se deram não só na imprensa, mas na música, no cinema, nas artes e diretamente na própria população – como nos muitos casos de violência contra estudantes.

A perseguição política aos opositores também foi ostensiva, milhares de mortos, torturados e exilados políticos. A reação do povo, principalmente a partir do início dos anos 80, foi, porém, decisiva. Ajudada pela crise econômica mundial provocada pelo petróleo, o país já não vivia o milagre econômico e a população nas promessas do Regime Militar – notadamente no seu caráter transitório.

Nesse contexto, as pessoas foram às ruas, no maior movimento popular de nossa história, sempre marcada pela ausência do povo nos momentos decisivos, pedir por eleições diretas para a presidência da República. Nascia o “Diretas Já”, movimento político que apesar de não ter conseguido aprovar a emenda para que houvesse as eleições diretas, influenciou na eleição indireta de Tancredo Neves para a presidência – batendo o candidato oficial que era Paulo Salim Maluf – e contribuindo

⁷⁹< http://pt.wikipedia.org/wiki/Censura_no_Brasil#nota_1> Disponível em 02/08/2006

decisivamente para o fim da ditadura e instalação do regime democrático vigente até os dias atuais.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A carta de 1988 nasceu, portanto, nesse contexto de grande abertura política no país, de redemocratização, de grande participação popular. Apelidada de “Constituição Cidadã” enumerou um grande rol de direitos, dos clássicos aos sociais e difusos. Marcada a ferro pela opressão regime anterior, a sociedade brasileira teve especial cuidado com a proteção da liberdade de expressão, bem como proibiu expressamente a censura.

Art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 5º, IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 5º, XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardo do sigilo de fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Não bastasse a força do disposto no art. 5º - que enumera as garantias fundamentais - no capítulo referente à Comunicação Social a Constituição dispõe:

Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV;

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (grifo nosso)

Aqui se nota que os limites ao direito à liberdade de expressão só podem ser dados por outras normas ou princípios constitucionais. Ou seja, pode haver restrições a esse direito quando haja concorrência com outras normas constitucionais. Essa disposição terá relevância quando analisarmos, abaixo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca dos contornos da liberdade de expressão no Brasil.

9. JURISPRUDÊNCIA PRÉ E PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nesta parte final do trabalho, faremos uma análise de duas decisões do Supremo Tribunal Federal, envolvendo o direito à liberdade de expressão no Brasil. A primeira é da época do regime militar, envolvendo a censura prévia em matéria jornalística. A segunda já se dá no regime constitucional de 1988, o conhecido caso Ellwanger, relativo a publicações de conteúdo anti-semita que geraram acusações de racismo.

No primeiro caso, iremos analisar o Mandado de Segurança nº. 20.146 (RTJ 87/421) do ano de 1978, do qual transcrevemos a ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 20.146 – SP

(Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Cordeiro Guerra.

Requerentes: Fundação Metropolitana Paulista e outros.

Requerido: Exmo. Sr. Presidente da República e outros.

Mandado de Segurança.

Pretensão fundada no art. 153, § 8º, da Carta Magna, visando obstar censura à imprensa, semanário “O São Paulo.” Competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o *writ*, face ao art. 119, I, i, da Constituição, por que a medida impugnada foi determinada, ou adotada pelo presidente da República.

Fundada a determinação presidencial no Ato Institucional nº. 5/68, art. 9º, ocorre obstáculo irremovível à sua apreciação judicial, por força de seu art. 11, c.c. arts. 182 e 181 da Constituição.

Precedentes MS 20.023 – DF, de 27-8-75. Pedido de segurança não conhecido.

A insurgência dos impetrantes era contra atos de censura prévia, de natureza política, inclusive de discursos proferidos no Congresso Nacional, contra o semanário “O São Paulo”, realizados rotineiramente no Governo Médici. Sustentaram os impetrantes o princípio de que nenhuma lesão a direito individual pode ser excluída

da apreciação do Poder Judiciário, ao contrário do que dispunha o Ato Institucional nº. 5 em seu art 11.⁸⁰ Uma das hipóteses de exclusão era justamente a censura prévia da imprensa, independentemente da decretação de Estado de Sítio, se necessária à defesa da “Revolução”.

O Supremo unanimemente entendeu, contudo, que a censura imposta pelos militares era “legal”, uma vez que prevista pelo AI-5, nos termos da Emenda nº. 01/1969. Com esse entendimento, até mesmo a inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário, um dos pilares do sistema republicano da separação dos poderes, foi derogado pelos militares com a anuência do STF, que não conheceu do pedido de segurança.

Restava a liberdade de expressão, então, como não mais que meras palavras escritas na carta constitucional, que de nada valiam frente ao autoritarismo do regime. O Supremo e os seus ministros tiveram oportunidade, por mais de uma vez, de serem pontos de resistência à opressão instaurada no país, mas resolveram se prender ao tecnicismo legal, à interpretação cega, a uma exegese barata, de declarar legal a derrogação das liberdades civis, especialmente da liberdade de expressão, e fazer pó dos direitos individuais, conquistas históricas dos cidadãos.

Deve-se frisar ainda, que a decisão não se deu no “calor” do Golpe de 64, mas 14 anos depois, mas ainda justificado pelo bem da “revolução”. Talvez um único voto vencido, um único dissidente que apontasse a incongruência que tudo que ali se passava, que afirmasse a liberdade em detrimento da opressão, poderia ter feito toda a diferença. Analisamos neste trabalho o poder de pode ter uma voz dissonante, como o Juiz Holmes nos casos do “free speech” nos Estados Unidos, que conseguiu transformar o seu entendimento dissidente em “law of the land”.

⁸⁰ *In verbis*: Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos complementares, bem como os respectivos efeitos.

Faltou a coragem, a astúcia e a honra na busca por um ideal, mas não qualquer ideal, mas um que já era um direito individual conquistado pelo povo, e inscrito na Constituição. Preferiu-se a técnica ao coração.

Na constituição de 1988 a odiosa censura prévia foi expurgada do ordenamento⁸¹ e não tem sido mais admitida pelos tribunais. Por isso, para a análise de casos posteriores à Constituição escolhemos um que apresentasse os contornos que toma hoje o direito à liberdade de expressão.

Para analisarmos a liberdade de expressão no Brasil pós-Constituição de 1988, confrontando-a com a visão da Suprema Corte Americana, escolhemos o julgamento do Supremo Tribunal Federal do *habeas corpus* de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que publicou livros que professavam idéias anti-semitas. Acusado de prática do crime de racismo, imprescritível conforme a Carta de 1988, foi condenado. Apesar de a discussão que toma a maior parte do acórdão dizer respeito a questão da caracterização do povo judeu como uma raça, podemos reconhecer nele as bases em que o Supremo toma a liberdade de expressão garantida pela Constituição, e que, por fim, são os limites do direito no Brasil atualmente.

Não é escopo dessa comparação criticar cada uma das posições, ou escolher qual a melhor delas, pois haveria a necessidade de se aprofundar a discussão em questões filosóficas, políticas e constitucionais. Objetivamos simplesmente estabelecer as divergências e semelhanças dos “direitos”.

Transcrevemos a ementa e alguns trechos da decisão com pertinência a este trabalho (grifos nossos).

HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA

Julgamento: 17/09/2003

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524

⁸¹ Vide *supra* a expressa vedação.

PACIENTE. : SIEGFRIED ELLWANGER
 IMPETRANTES. : WERNER CANTALÍCIO E JOÃO BECKER
 COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

9. **Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.** 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências graves que o acompanham. 13. **Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal.** 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). **O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.** 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

Notamos, assim, que a liberdade de expressão no Brasil apresenta maiores limitações em comparação com o direito americano. Neste, é protegido o

chamado “hate speech”, que considera legais todos os discursos, não importando seu conteúdo – protegendo, assim, o discurso racista, baseado no precedente *Brandenburg v. Ohio*.⁸²

A jurisprudência do Supremo, porém, afirma inconstitucional esse tipo de discurso, afirmando a primazia do direito a dignidade da pessoa humana e configurando sua prática em abuso do direito à liberdade de expressão. É verdade que a decisão do STF é para esse caso concreto, porém cremos muito clara a escolha pela dignidade humana, de uma sociedade pluralista e democrática, como balizadora das decisões.

Apesar, também, de o acórdão citar a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos – destacado acima – é importante frisar que pode até estar certo o Supremo, quando diz que são punidos com rigor os “delitos” de índole racista, contudo, a edição e publicação de livros ou periódicos dessa natureza, lá não são tipificados como crime, uma vez que protegidos pelo “hate speech”. Portanto, neste caso concreto, a Corte americana não condenaria o réu.

Não é permitido, então, a qualquer cidadão brasileiro professar idéias que contrariem esses princípios, numa clara limitação do conteúdo do discurso, o que não é aceito nos Estados Unidos. Logo, deve-se prestar atenção aos fenômenos do conformismo, das “cascatas sociais” e da polarização de grupo no Brasil. Uma vez que há uma maior limitação do conteúdo do livre discurso, esses fenômenos têm mais probabilidade de ocorrência, podendo gerar distorções na opinião e deliberação públicas.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de expressão é conquista histórica do povo, e o respeito a ela é requisito essencial a qualquer sociedade que se pretenda democrática.

⁸² Vide *supra* a explicação completa do caso.

É, porém, um dos direitos fundamentais de caráter mais controvertido, que sofre com o autoritarismo público, mas também suscita defesas apaixonadas e mobiliza multidões.

Partimos de Dworkin, que prega a seriedade por parte do Estado e dos operadores do direito no trato dos direitos fundamentais, que não podem ser derogados diante de políticas públicas, leis ou até mesmo da vontade da maioria da população. Foram “trunfos políticos” reclamados pelo povo justamente para barrar essas indevidas intromissões. Não se pode deixar a liberdade de expressão se curvar à força bruta, como a censura que nosso Supremo taxou de “legal” durante o Regime Militar.

A liberdade de expressão não é, todavia, absoluta. Mas só pode ser limitada em situações excepcionais. Por mais que a maioria não aprove certa forma de discurso – o provocativo, por exemplo; ou desdenhe do conteúdo de certa crença – o islamismo, noutro exemplo; não é lícito ao Estado ou a qualquer particular censurar ou reprimir essa manifestação. Deve-se partir do pressuposto de que todos merecem igual consideração e respeito, e não é porque a maioria não concorda com algo que não há o direito de expressá-lo. Na ótica do direito americano, a proibição dessa manifestação do pensamento só pode se dar nos casos de risco real e concreto de se causar um desastre, que ponha em risco a vida de outras pessoas, sem que haja outra forma de evitá-lo.

No Brasil, contudo, não é protegido o “hate speech”, pelo qual os americanos deixam livre a manifestação de toda a espécie de idéias (inclusive as racistas e anti-semitas), mas que serve também para evitar que o governo censure discursos ou manifestações contrárias ao governo ou a suas políticas.

Explicitamos um conceito de democracia no qual já não prevalece apenas a vontade da maioria, mas uma decisão democrática deve se coadunar ao princípio do respeito a todos na sua dimensão de seres humanos, detentores de direitos e garantias fundamentais. A decisão popular não pode ser mera estatística, deve representar a vontade geral, não a soma das vontades individuais.

E as decisões e opiniões públicas têm hoje caráter ainda mais importantes, vez que não é só nos períodos eleitorais que elas se manifestam. As pressões sociais, nas suas diversas formas, tem muita influência no Governo. No Brasil isso é ainda mais patente, nossa leis são fruto mais da emoção do que da razão: é só acontecer um desastre ou um escândalo de âmbito nacional que, na semana seguinte, o Congresso já está tomando providência e vários projeto de lei sobre o tema são apresentados ou desengavetados.

Por isso, tão importante restou analisar os fenômenos descritos pelo Professor Sunstein (o conformismo, as “cascatas sociais” e a polarização de grupo), pois suas implicações para nossa democracia podem ser muito grandes. Algumas formas de evita-los foram explicitadas, algumas delas que já encontramos no Brasil, como os mecanismos constitucionais de arranjo do poder, herdados da própria constituição americana, a garantia a liberdade de expressão e à pluralidade de maneira geral – uma vez que a grande miscigenação nos até uma vantagem quanto a isso.

Temos que ter um pouco de cuidado, porém, com as limitações que o Supremo Tribunal Federal impôs ao conteúdo do direito a liberdade de expressão. É verdade que no caso analisado se tratava de claro racismo e anti-semitismo (o que talvez seja um *bis in idem*), e em concorrência com princípios constitucionais como a igualdade, a honra e a não discriminação. Todavia, esse controle é, de certa forma, perigoso, vez que quem interpreta a abrangência dos princípios são os operadores do direito, seres humanos passíveis de discórdia e erros. Por isso que nos Estados Unidos não se faz esse tipo de julgamento, baseado em conteúdos, até porque o que é aceito em uma época não é em outra, e vice-versa, criando um ambiente de insegurança jurídica. Não foi nosso escopo, nesse trabalho, afirmar que um modelo é melhor que o outro; mesmo feitas as ressalvas acima, cremos necessitar trabalhar questões jurídicas e filosóficas com maior profundidade para se dar uma resposta “certa” a esse problema.

E para finalizar, acreditamos que a liberdade de expressão do pensamento, nas suas mais variadas formas é a pedra de toque de qualquer democracia. Experimentamos no Brasil, nem meio século atrás, vários anos de censura e perseguição política, para os quais a nossa Justiça deu de ombros e a maioria da sociedade civil se resignou. Assim, para nossa jovem pátria democrática é imprescindível a cultura do respeito a liberdade de expressão, assim como aos demais direitos fundamentais, como a única forma de um dia sermos um país livre e socialmente justo, livre da miséria, da opressão e das desigualdades.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa *in* **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 235/1-36. Jan./Mar. 2004

_____. **Liberdade de Expressão no Brasil – Parte 1**. Em Blog do Noblat <<http://noblat1.estadao.com.br/noblat>> disponível em 10/07/2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. A Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, fev/mar;abr de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 22 de Agosto de 2006.

BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Cidade do Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989

COMPANHOLE, Adriano e Hilton. **Todas as constituições do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1971.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos em Serio**. Barcelona: Ariel, 2002.

_____. **Freedom's Law: The moral reading of the american constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FISS, Owen. El efecto silenciador de la libertad de expresión. In: **Isonomía**. N°. 4. Abril 1996. [s.l.][s.e.].

KARAM DE CHUEIRI, Vera. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. **Paradoxos da auto observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Leonel Severo Rocha (org.) Curitiba: JM Editora, 1997.

MILLER, Jonathan. GELLI, Maria Angelica. CAYUSO, Susana. **Constitución y derechos humanos: Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación**. Buenos Aires: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SUNSTEIN, Cass R. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.